

Verzekering en verzekerbareheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen

Citation for published version (APA):

Faure, M. G., & Hartlief, T. (2002). Verzekering en verzekerbareheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. In Faure M.G., & Dute J.C.J. (Eds.), *Evaluatie. Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen* (pp. 119-158). ZonMw.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

5

Verzekering en verzekerbearheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen

M.G. Faure en T. Hartlief

5.1 Inleiding

Een belangrijk onderdeel van het onderzoek bestaat uit een analyse van de wijze waarop medisch-wetenschappelijk onderzoek kan worden verzekerd. Die vraag behelst ook weer verscheidene onderdelen. In de eerste plaats dient te worden nagegaan welke problemen op theoretisch vlak zouden kunnen rijzen met de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Daarbij rijst onder meer de vraag of van een aansprakelijkheidsverzekering dan wel van een systeem van directe verzekering zou moeten worden uitgegaan en welke de belangrijkste verschillen tussen beide verzekeringssystemen precies zijn. Daarenboven is het ook belangrijk na te gaan hoe de verzekeringen in de praktijk functioneren in termen van verzekeraars, verzekeringsaanbod, premies en claims.

Bedoeling van dit hoofdstuk is om specifiek aan die verzekeringsaspecten aandacht te besteden waarbij enerzijds de theoretische mogelijkheden en moeilijkheden van de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek centraal zullen staan en anderzijds zal worden nagegaan hoe deze verzekering in de praktijk, althans in Nederland, gestalte heeft gekregen. De wijze waarop die verzekering in het buitenland plaatsvindt, maakte deel uit van het rechtsvergelijkende onderzoek (zie hiervoor hoofdstuk 4).

Om die verzekering goed in kaart te brengen, is van verschillende methoden gebruik gemaakt. In de eerste plaats is vanuit verzekeringseconomisch perspectief de verzekerbearheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek in kaart gebracht. Het voordeel van die benadering is dat daardoor minstens duidelijk wordt gemaakt welke de mogelijkheden en problemen zijn die kunnen rijzen bij de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Het resultaat daarvan wordt in dit hoofdstuk geboden.

In de tweede plaats is onderzocht hoe de verzekering van het medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in de praktijk heeft plaatsgevonden. Informatie hierover is langs verscheidene kanalen verkregen. In de eerste plaats heeft een gesprek plaatsgevonden met de verzekeraars, die zich verenigd hebben in het Verbond van Verzekeraars. Bovendien is aanvullende empirische informatie ook verkregen via een enquête die rechtstreeks aan alle bij de verzekering van medisch-

wetenschappelijk onderzoek betrokken verzekeraars werd gericht. Die enquête was vooral van belang om enig inzicht te krijgen in de schadefrequentie. Ook is empirische informatie verkregen vanuit het empirisch onderzoek dat plaatsvond bij ziekenhuizen, de medisch-ethische commissies en de onderzoeksinstellingen. Daarover is separaat in deze rapportage bericht (zie hoofdstuk 3). Het voordeel van deze methode is dat dus langs verschillende zijden (verzekeraars en verzekerden) informatie werd verkregen over de verzekerings situatie. Dit verhoogt uiteraard de betrouwbaarheid van de informatie. Deze analyse van de verzekeringsmarkt wordt in hoofdstuk 6 geboden.

Vervolgens is na de empirische informatie die verkregen werd, vooral uit de gesprekken met de verzekeraars, een analyse gemaakt van de problemen die rijzen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. In die analyse vindt met andere woorden een confrontatie van de theoretische uitgangspunten plaats met de praktijk. Die kritische analyse van de bezwaren van de Nederlandse verzekeraars kan in hoofdstuk 7 worden gevonden. De verzekeringshoofdstukken 5-7 vormen dus een samenhangend geheel.

Echter, het leek belangrijk om het onderzoek niet tot Nederland te beperken. Derhalve werd uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de regulering (althans in de zin van aansprakelijkheid en financiële zekerheid voor) medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in het buitenland. Dat vormt het voorwerp van het rechtsvergelijkende onderzoek. Echter, de onderzoekers konden ook de hulp inwinnen van een belangrijke herverzekeraar, de Munich Reinsurance Company, die eveneens een bijdrage heeft geleverd door aan te geven wat volgens hen de mogelijkheden en problemen zijn bij de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Die aanvullende en objectieve informatie, uitgaande van de Munich Reinsurance Company, is uiteraard van groot belang omdat het eveneens de informatie die door de Nederlandse verzekeraars werd verstrekt, in een zeker perspectief kan plaatsen. Derhalve is dit door de Munich Re (de heer C. Lahnstein) vervaardigd rapport als bijlage 5 opgenomen.

De verzekeringshoofdstukken zijn derhalve als volgt opgebouwd:

Na deze inleiding volgt eerst een verzekeringseconomische analyse van de verzekerbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (hoofdstuk 5).

Vervolgens zal een eerste indruk worden gegeven van de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in Nederland op basis van informatie verstrekt door het Verbond van Verzekeraars en op basis van een empirische analyse van de verzekeringsmacht (hoofdstuk 6).

Daarna volgt een analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Daarin worden de eerste praktijkervaringen vergeleken met de theoretische uitgangspunten (hoofdstuk 7).

Hoofdstuk 7 wordt afgesloten met enkele conclusies over de verzekerbaarheid en verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Bij die conclusies

zullen ook de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek en de (als bijlage 4 opgenomen) analyse van de herverzekeraar worden betrokken.

5.2 Verzekerbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen

5.2.1 Inleiding en achtergrond

Achtergrond voor deze theoretische analyse van de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is helder. In het kader van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO) die in dit onderzoek centraal staat, is bepaald dat dergelijk onderzoek slechts mag worden uitgevoerd als een verzekering is afgesloten die de door het onderzoek veroorzaakte schade door dood of letsel van de proefpersoon dekt. Zoals bekend is de verzekeringsplicht nader uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur, het zogenaamde Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, die hier verder wordt aangeduid als de VerzekeringsAMvB. De inhoud van zowel de wettelijke regeling als van de verzekeringsplicht kwamen uitgebreid aan bod in hoofdstuk 2.

Opvallend is dat, zoals in dat hoofdstuk uitgebreid werd geschetst, oorspronkelijk werd uitgegaan van een risicoaansprakelijkheid voor de verrichter, terwijl later de keuze viel op de regulering van de proefpersonenverzekering. Daarmee is, zo bleek in hoofdstuk 2, een unieke juridische figuur geïntroduceerd. Met de WMO zou een verzekeringsfiguur zijn geïntroduceerd die zijn gelijke niet kent in het Nederlands recht.³⁹³

Bedoeling van deze paragraaf is om niet zozeer in te gaan op de inhoud van de verzekeringsplicht (die werd hierboven immers al in detail beschreven), maar om veeleer stil te staan bij enkele algemene voorwaarden inzake verzekeraarbaarheid, zoals die in de verzekeringseconomische theorie zijn geschetst. Dit lijkt verschillende voordelen te bieden. In die verzekeringseconomische theorie zijn immers de criteria en voorwaarden voor verzekeraarbaarheid aangegeven en is ook aandacht besteed aan verschillende typen verzekering. Het lijkt nuttig om bij die voorwaarden voor verzekeraarbaarheid stil te staan (hierna paragraaf 5.2.2) omdat op basis daarvan ook kan worden nagegaan of die verzekeringsvoorwaarden bij de specifieke toepassing in het kader van de WMO wellicht bedreigd zouden worden. Ook moet worden stilgestaan bij het belang van een goede concurrentie op verzekeringsmarkten (paragraaf 5.2.3). Verder zal aandacht worden besteed aan het verschil tussen een aansprakelijkheidsverzekering en een first party insurance. Dat is van belang omdat de verzekeringsplicht in het kader van de WMO niet als een aansprakelijkheidsverzekering is gestructureerd, maar als een directe verzekering. Vraag rijst uiteraard wat dit precies inhoudt, wat de consequenties daarvan zijn en welke vragen bij een dergelijk verzekeringstype rijzen (paragraaf 5.2.4). Op basis daarvan kunnen dan enkele vragen worden geformuleerd die van belang lijken voor het verdere verzekeringsonderzoek (paragraaf 5.2.5).

³⁹³ Zie desbetreffend *supra* in hoofdstuk 2, 1.5.

5.2.2 Verzekerbaarheid

5.2.2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht welke de voorwaarden zijn om de verzekeraar van nieuwe gezondheidsrisico's te bevorderen. Om deze vraag te beantwoorden zal in het algemeen bij het concept verzekeraar worden stilgestaan en vooral bij de vraag onder welke voorwaarden aansprakelijkheid verzekeraar is. Het is immers mogelijk dat bepaalde verzekeringstechnische eisen (zoals risicodifferentiatie) beter kunnen worden verwezenlijkt bij de directe verzekering dan bij een aansprakelijkheidsverzekering. Of dat het geval is zal in paragraaf 5.2.3 aan bod komen.

Ook zal in het algemeen het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten als basisvoorwaarde voor de bevordering van verzekeraar worden bestudeerd. In dit hoofdstuk worden primair de theoretische voorwaarden bestudeerd, waaraan dient te zijn voldaan willen bepaalde risico's (beter) verzekeraar zijn. Het feit dat in meer of mindere mate aan deze voorwaarden is voldaan geeft op zichzelf natuurlijk nog geen garantie dat de verzekeringsmarkt ook daadwerkelijk dekking zal bieden. Het is in die zin uiteindelijk de verzekeringsmarkt die, door het al dan niet aanbieden van dekking, zal bepalen of risico's verzekeraar zijn. In dat kader is het van groot belang dat voldoende concurrentie speelt op die verzekeringsmarkt; juist die concurrentie is de garantie dat, wanneer de voorwaarden voor verzekeraar ook zijn vervuld, bepaalde verzekeraars zich spontaan zullen aanbieden op deze markt. Het verleden heeft aangetoond dat een gebrek aan concurrentie het aanbod van verzekeringen kan doen verschromen.

De verzekering en verzekeraar dient uiteraard te worden bestudeerd in het kader van de vraag in welke mate verzekering in staat is een adequate compensatie te bieden voor schade veroorzaakt door medisch-wetenschappelijk onderzoek, tegelijkertijd moet echter ook worden bekeken in hoeverre verzekering een invloed heeft op de preventie van schade. Het is bekend dat in de verzekeringseconomische literatuur veel aandacht is besteed aan het feit dat de beschikbaarheid van verzekering juist een negatieve invloed zou kunnen hebben op het ontstaan van risico's. Het betreft hier het welbekende probleem van het moreel risico. Juist bij aansprakelijkheidsverzekering zou dat kunnen betekenen dat door het enkele feit dat men verzekerd is de prikkels tot preventie worden vermindert.

5.2.2.2 Verzekering en ongevallenpreventie

Voorspelbaarheid als uitgangspunt

In beginsel wordt uitgegaan van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Hoe werkt dit hele systeem van ongevallenpreventie via het aansprakelijkheidsrecht nu bij het voorhanden zijn van aansprakelijkheidsverzekering? Een vraag naar verzekering ontstaat omdat de meeste mensen niet risiconeutraal zijn maar een afkeer van risico hebben. Een risico-averse dader kan derhalve zijn nut verhogen door een aansprakelijkheidsverzekering te nemen waarbij risico van hem wordt afgenomen.³⁹⁴ Dit uitgangspunt biedt derhalve ook inzicht in de essentiële

³⁹⁴ Deze nutsmaximalisatie-benadering van verzekering werd ondermeer gepropageerd door de Nobelprijswinnaar Arrow. Voor een overzicht van de ontwikkeling van de literatuur, zie Faure, M. en Van den Bergh, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989 en zie Mackaay, E., "Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade. Economische kanttekeningen", *NJB*, 1980, 817. Een goede introductie in de risictheorie kan men vinden bij Winters, J.K., "Verzekeringen", in Theeuwes, J.J.M. e.a., *Recht en Economie*, Amsterdam, Addison-Wesley, 1992, 79-124.

voorwaarden voor verzekeraarbaarheid. De verzekeraar dient in beginsel over accurate informatie te beschikken over de waarschijnlijkheid (probabiliteit) dat het ongeval (de schade) zich zal voordoen en anderzijds dient hij ook informatie te hebben over de mogelijke schadeomvang. Op basis van een vermenigvuldiging van de probabiliteit en de verwachte schade kan de verzekeraar de *actuarisch juiste premie* berekenen. Deze wordt vervolgens verhoogd met administratieve kosten (voor het functioneren van het verzekeringssysteem) en, afhankelijk van de branche en het toepasselijke stelsel, met belastingen. Bovendien kan de premie, afhankelijk van de marktsituatie van de verzekeraar, dan ook nog worden verhoogd met een winstmarge.

Wat dat betreft is de aansprakelijkheidsverzekering (en ook andere vormen van verzekering) voor medisch-wetenschappelijk onderzoek niet anders dan traditionele verzekeringen. Essentieel voor het goed functioneren van verzekering is echter, zoals zojuist werd vermeld, dat de verzekeraar over accurate informatie beschikt ten aanzien van het ongevalsrisico, zodat op basis van die actuariële informatie ook enige inschatting kan worden gemaakt. Die informatie is niet alleen noodzakelijk om de premie te kunnen bepalen, maar ook om de omvang in te schatten van de reservering die dient te worden gemaakt voor wanneer het risico zich zou realiseren.

Conclusie is derhalve dat in de ideale situatie de verzekeraar *ex ante* perfecte informatie heeft over de voorspelbaarheid van het risico en over de omvang van de schade. Als die voorwaarde vervuld is, wordt het risico verzekeraar geacht. Het is uiteraard op basis van statistieken dat de verzekeraar informatie zal verzamelen over de waarschijnlijkheid van het risico en over de mogelijke schadeomvang. Echter, die voorwaarde kan nu juist een probleem vormen bij *medisch-wetenschappelijk onderzoek*. Juist vanwege het veelal onbekend zijn met die risico's kan *ex ante* informatie over de voorspelbaarheid van het risico gering zijn of zelfs in het geheel ontbreken. Betrouwbare statistieken zijn er veelal niet, en de wet van de grote getallen waar de verzekeraar zo graag op vertrouwt, gaat dan niet op.

Dit zou al vlug tot de conclusie kunnen leiden dat zodra er onzekerheid is betreffende de probabiliteit of de mogelijke schadeomvang, het risico daarmee ook onverzekeraar is. Hieronder zal echter worden betoogd dat een probleem met betrekking tot de voorspelbaarheid van het risico dit risico niet per definitie onverzekeraar maakt aangezien de verzekeraar *ex ante* de mogelijkheid heeft om met die onzekerheid rekening te houden door daarvoor een aangepaste risicopremie te vragen. Ook de mogelijk hoge schadeomvang of de onzekerheid met betrekking tot de schadeomvang maken het risico niet per definitie onverzekeraar. Ook daar geldt dat er verscheidene verzekeringstechnieken bestaan, zoals medeverzekering, herverzekering en pooling die de verzekeraar kunnen beschermen tegen onzekerheid met betrekking tot die schadeomvang. Daaruit volgt dat de voorspelbaarheid weliswaar een essentieel element is om een risico verzekeraar te maken, maar dat anderzijds niet onmiddellijk tot onverzekeraarheid kan worden geconcludeerd wanneer een risico lastiger te voorspellen is. Dit illustreert wederom dat verzekeraarbaarheid niet een zwart-wit oordeel is, maar veeleer een glijdende schaal waarbij factoren kunnen worden geïdentificeerd die een risico juist beter verzekeraar maken dan wel de verzekeraarbaarheid veeleer in gevaar brengen. Bedoeling van dit onderdeel is precies die factoren die de verzekeraarbaarheid van risico's beïnvloeden, te identificeren.

Anti-selectie

De reden waarom de verzekeraar het risico van de dader kan overnemen is bekend: door de wet van de grote getallen kan hij het risico over een grotere groep spreiden.³⁹⁵ Wel dient de verzekeraar ervoor te zorgen zo klein mogelijke risicogroepen te vormen waarin de premie zoveel mogelijk aansluit bij het individuele risico van de leden van die groep. Indien de risicogroep te groot zou zijn zou het probleem ontstaan dat de gemiddelde premie voor een goed risico relatief te hoog zou zijn, waardoor deze de groep zou verlaten. Dit is het bekende probleem van de anti-selectie dat op lange termijn een neerwaartse spiraal zou kunnen meebrengen waardoor de verzekeraar uiteindelijk alleen met de slechte risico's blijft zitten.³⁹⁶ Volgens Priest is de verzekeringscrisis die in de jaren '80 in Amerika woedde voornamelijk ontstaan ten gevolge van dit probleem van anti-selectie.³⁹⁷ Door een te geringe differentiatie van risico's werd de gemiddelde premie steeds onaantrekkelijker voor de goede risico's die systematisch de verzekeraars de rug toekeerden waardoor deze uitsluitend met slechte risico's bleven zitten met uiteindelijk onverzekerbaarheid van bepaalde activiteiten als gevolg, aldus Priest.

Moreel risico

Naast dit probleem van anti-selectie moet de verzekeraar ook steeds het "morele risico" controleren. Moreel risico is het bekende fenomeen dat het gedrag van de verzekerde zal veranderen doordat het risico van hem is weggenomen ten gevolge van de verzekering.³⁹⁸ Dit is uiteraard een groot probleem bij aansprakelijkheidsverzekering en raakt de fundamentele van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Het paradoxale is dat het ongemak dat een potentiële dader voelt omdat hij is blootgesteld aan risico juist noodzakelijk is om hem de juiste prikkels voor preventie te geven.³⁹⁹ Indien het risico nu volledig van de dader wordt weggenomen en naar de verzekeraar wordt verschoven zal de dader de prikkel tot preventie die hem werd bezorgd door blootstelling aan risico, missen.⁴⁰⁰

Voor de verzekeraar rijst het probleem dat de dader in beginsel zijn gedrag niet zou mogen wijzigen indien hij verzekerd is. Daarom zal een verzekeraar steeds op zoek gaan naar polistechnische oplossingen om dit morele risico te controleren. Daartoe zijn in de verzekeringseconomische literatuur verschillende wegen uitgestippeld.⁴⁰¹ Een eerste mogelijkheid is om de verzekerde te controleren en de polisvoorwaarden aan te passen aan het gedrag van de verzekerde. Dit gebeurt bijvoorbeeld door verscheidene risicogroepen te onderscheiden en daarvoor specifieke premies te bepalen. Een tweede reactie op het morele risico is een gedeeltelijke blootstelling van de verzekerde aan risico. Dit heeft het voordeel dat de prikkels tot preventie minstens ten dele nog steeds van de vrees van een aansprakelijkheidsstelling zullen uitgaan. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de introductie van een eigen risico, maar ook van een beperking van de dekking.⁴⁰²

³⁹⁵ Wils, W.P.J., "Insurance Risk Classifications in the EC: Regulatory Outlook", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 450.

³⁹⁶ Dit wordt veroorzaakt door een informatie-asymmetrie tussen verzekeraar en verzekerde; zie daarover het bemaalde artikel van Akerlof, G., "The Market for Lemons: Quality, uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 488-500.

³⁹⁷ Priest, G., "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 1987, 1521-1590. Voor een kritische bespreking zie Viscusi, W.K., "The Dimensions of the Product Liability Crisis", *Journal of Legal Studies*, 1991, 147-177.

³⁹⁸ Pauly wees er terecht op dat het begrip 'moral hazard' nogal ongelukkig is omdat er niets immoreels is aan het gedrag van de verzekerde zich anders te gedragen bij volledige verzekeringsdekking (Pauly, M., "The Economics of Moral Hazard: Comment", *American Economic Review*, 1968, 531-537).

³⁹⁹ Sijnders concludeert dan ook: "Aansprakelijkheidsverzekering is voor preventie in beginsel contraproductief, omdat de risico's waarvan de preventie moet uitgaan, minder zwaar gedragen worden" (Sijnders, W., "Aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging: het verzekeringsaspect", A&V, 1993, 2).

⁴⁰⁰ Shavell, S., "On Moral Hazard and Insurance", *Quarterly Journal of Economics*, 1979, 541-562.

⁴⁰¹ Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., supra noot 394, 116-121 met verwijzingen naar die literatuur en Winters, J.K., supra noot 394, 101-116.

⁴⁰² Terecht wijst Sijnders er op dat een eis van volledige verzekerbaarheid vanuit het oogpunt van de preventie dan ook misplaatst is

In de praktijk vindt men vaak een combinatie van beide sturingssystemen: zowel individuele polisvoorwaardenaanpassing waar mogelijk, en eigen risico's gecombineerd met dekkingsplafonds. Uiteraard hangt de gekozen controlemethode ook af van de kosten. Het inwinnen van gedetailleerde informatie over het gedrag van een kandidaat-verzekerde kan behoorlijke kosten meebrengen.⁴⁰³ Daarbij speelt ook de waarde van de polis een rol. Het is duidelijk dat een verzekeraar eerder de mogelijkheid heeft om een keurig op maat gesneden polis aan te bieden voor een aansprakelijkheidsverzekering van een bedrijf van een zekere omvang dan voor een eenvoudige consumentenverzekering. In het laatste geval zal de verzekeraar vaak met het confectiepak van de standaardpolis genoegen moeten nemen.

Indien het morele risico nu via genoemde polistechnieken wordt gecontroleerd, zal de verzekerde zich in beginsel net zo gedragen als wanneer er geen verzekering beschikbaar was, terwijl anderzijds, in ieder geval grotendeels, het risico toch van hem weggenomen wordt. De prikkels tot preventie van ongevallen komen in dat geval niet meer van het aansprakelijkheidsrecht, want de dreiging het slachtoffer te moeten vergoeden in geval van aansprakelijkheid is nu naar de verzekeraar verschoven. De prikkel tot preventie wordt nu door de verzekeringspolis en daarmee door de verzekeraars gegeven. De aansprakelijkheidsverzekering heeft dus een bijzonder belangrijke maatschappelijke functie, omdat de verzekeraar dient te garanderen dat de verzekerde voldoende prikkels tot preventie van ongevallen heeft.⁴⁰⁴ Een optimale controle van het moreel risico via geïndividualiseerde polisvoorwaarden dient dus niet alleen het belang van de verzekeraar, maar ook het maatschappelijk belang. De maatschappelijke veiligheid is immers in het gedrang. Indien een verzekeraar niet in staat zou zijn om het moreel risico behoorlijk te controleren zou aansprakelijkheidsverzekering maatschappelijk gezien meer kwaad doen dan goed.

Dit lijkt in de Nederlandse context op het eerste gezicht wellicht een theoretisch probleem, maar is dat zeker niet. Uit onderzoek op het terrein van de beroepsziekten is namelijk gebleken dat in de praktijk verzekeraars veel te weinig gebruik maken van de mogelijkheden tot risicodifferentiatie.⁴⁰⁵ Veelal wordt een premie gecalculeerd zonder dat deze is gebaseerd op een precieze actuariële inschatting van het risico of zonder dat de preventieve inspanningen van de verzekerde worden bestudeerd of beloond. Heden ten dage worden premies in de praktijk nog steeds in zeer belangrijke mate bepaald door het omzetvolume van een bepaald bedrijf, hetgeen toch bezwaarlijk als een goede indicatie van de risicograad kan worden beschouwd. Dit heeft mede te maken met het feit dat de administratieve kosten van een zeer ver doorgedreven risicodifferentiatie relatief hoog kunnen zijn en het derhalve eenvoudiger is om premies "met de natte vinger" te bepalen aan de hand van de omzet van de verzekerde om vervolgens, wanneer die calculatie iets te optimistisch bleek, premies achteraf te verhogen. Het moge duidelijk zijn dat die – nochtans vaak toegepaste techniek – strijdig is met de hier geschetste verzekeringseconomische beginselen en ook aanleiding geeft tot zorg op het vlak van de controle van het moreel risico. Wanneer verzekeraars immers niet via een aangepaste differentiatie van polis- en premievoorwaarden goede risico's belonen voor preventieve inspanningen en slechte

(Snijders, W., supra noot 399, 3). Zie ook Hartlief, T., "Van aansprakelijkheid naar draagkracht naar dragelijke aansprakelijkheid", in *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer, Kluwer, 1994, (139), 146.

⁴⁰³ Marshall, J., "Moral Hazard", *American Economic Review*, 1976, 880-890.

⁴⁰⁴ Faure, M., "Ongevallenpreventie door efficiënte aansprakelijkheidsregels en verzekeringspolissen op competitieve verzekeringsmarkten", *Verzekeringsarchief*, 1993, (3), 8-11.

⁴⁰⁵ Zie Faure, M. en Hartlief, T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, Kluwer, 1995.

risico's bestraffen, zal dit tot een verhoging van het ongevalsrisico leiden. Of dat daadwerkelijk het geval is dient natuurlijk het voorwerp te vormen van nader empirisch onderzoek. Op het belang van een adequate risicodifferentiatie wordt hierna nog ingegaan. Wel moet nu nogmaals worden benadrukt dat wanneer verzekeraars niet in staat zijn het moreel risico op adequate wijze aan te pakken, het gevaar inderdaad dreigt dat aansprakelijkheidsverzekering tot risicoverhoging leidt.

5.2.2.3 Reacties van verzekeraars

Een volgende vraag is uiteraard wat verzekeraars kunnen doen wanneer wordt vastgesteld dat door bepaalde ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie de risico-inschatting wordt bemoeilijkt. Het is inderdaad niet ondenkbaar dat, zoals hierboven werd geschetst, de verzekeraarheid wordt beperkt of bemoeilijkt door verschillende factoren. Het zou echter te kort door de bocht zijn om daaruit dan ook af te leiden dat die schade dan ook onverzekerbaar zou zijn. Verzekeraars beschikken immers over diverse mogelijkheden om te reageren op een eventueel uitbreidende aansprakelijkheidslast ten gevolge van nieuwe gezondheidsrisico's.

Beperking van de omvang van de dekking?

In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, vormt de nominale omvang van het risico veelal niet het grootste probleem. Risico's van een hoge nominale omvang, zogenaamde catastroferisico's, zijn ook verzekeraar. Bijvoorbeeld in San Fransisco zou er, indien er thans een aardbeving zou plaatsvinden van de omvang van die van 1906, een *verzekerde* schade zijn van 39,5 miljard US\$.⁴⁰⁶ Ook de ruimtevaartverzekering illustreert dat de hoge omvang als zodanig een risico niet onverzekerbaar maakt. Er bestaan immers traditionele verzekeringstechnieken die toelaten in te spelen op de potentieel hoge omvang van het risico. Een eerste mogelijkheid is uiteraard de herverzekering. Een andere mogelijkheid is de pooling van risico's door meerdere verzekeraars. Overigens heeft de in 1993 aangenomen kartelvrijstellingsverordening de mogelijkheden tot pooling wel beperkt. Artikel 11 van de verordening 3932/92 bepaalt immers dat overeenkomsten inzake medeverzekering in beginsel slechts toegelaten zijn als ze niet meer dan 10 % van de betreffende markt uitmaken.⁴⁰⁷ Op de vrijstellingsverordening en de mogelijkheden van pooling wordt hieronder verder meer in detail ingegaan.

Een verzekeraar gaat om commerciële redenen zelfs bij uitbreidende aansprakelijkheden niet snel over tot beperking van de dekking, want dekkingverlening, ook voor grote risico's, is nu juist het vak van de verzekeraar. Herverzekering en pooling laten dit ook op relatief grote schaal toe. Het werkelijke probleem is in beginsel ook niet de omvang van de schade, maar de onzekerheid betreffende de risico-inschatting. De actuariële juiste premie waar de verzekeraar mee dient te werken, bestaat immers uit twee componenten, de probabiliteit dat een schadegeval zich zal voordoen en dat dus tot uitkering moet worden overgegaan en de omvang van die schade. De genoemde onzekerheden en wijzigingen in het aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden niet zozeer de omvang van de schade, maar vooral de probabiliteit.⁴⁰⁸ Vandaar dat een beperking van

⁴⁰⁶ Aldus Tyrant, J.R. en Zweifel, P., "Environmental Risk Internalization through Capital Markets (ERICAM): the Case of Nuclear Power", *International Review of Law and Economics*, 1993, 433, met verwijzing naar de Federal Emergency Management Agency, PB L 398/7 van 31 december 1992. Zie Faure, M. en Van den Bergh, R., "Het toelaten van kartels op de Europese verzekeringsmarkt", *NJB*, 1993, 261-267.

⁴⁰⁸ Overigens kan ook de schade-omvang stijgen; denk bijvoorbeeld aan de eventuele trend waarbij de gevorderde en toegekende smartegeldbedragen stijgen. Maar ook een dergelijke ontwikkeling leidt, mits deze redelijk voorzienbaar is, niet noodzakelijk tot onverzekerbaarheid.

de omvang van de dekking niet als de meest logische reactie op genoemde ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht wordt gezien.⁴⁰⁹

Limitering?

Verzekeraars zouden ook kunnen pleiten voor een wettelijke limitering van aansprakelijkheid. Dit lijkt echter niet zo verstandig. Niet alleen is het zo dat niet in de eerste plaats de omvang van de schadebedragen het grote probleem vormt, doch de uitbreiding van de kans op aansprakelijkheid en de onzekerheid waarmee dit gepaard gaat. Nu de schadeomvang niet het hoofdprobleem vormt, kan een limitering dan ook geen adequate remedie voor een mogelijke crisis zijn. Daar komt bij dat het commercieel ook niet handig lijkt van verzekeraars om voor limitering van aansprakelijkheid te pleiten. Bovendien is limitering vanuit maatschappelijk oogpunt problematisch omdat zij strijdig is met de idee van de integrale schadeloosstelling van slachtoffers in het onrechtmatige daadsrecht. Ook op juridisch vlak zijn er nogal wat bezwaren tegen wettelijke limitering ingebracht.⁴¹⁰ Die juridische bezwaren worden ook door de rechtseconomische literatuur ondersteund.⁴¹¹ Ook daarin is erop gewezen dat het vanuit de vereiste controle van het moreel risico verkeerd zou zijn de blootstelling aan aansprakelijkheid van de verzekerde dader wettelijk te beperken.

Aan contractuele limitering – in de zin van beperking van de verzekerde som – kan uiteraard wel worden gedacht. Verzekeraars doen dat overigens nu ook al. Risico's worden nooit ongelimiteerd gedekt. Hiervoor is gewezen op de wenselijkheid van een dergelijke benadering vanuit preventie-oogpunt. Wel kan eventueel aan een genuanceerder systeem worden gedacht waarbij limiteringen voor afzonderlijke schadeposten (bijvoorbeeld buitengerechtigde kosten) worden ingevoerd. Ook zou, juist in de context van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, kunnen worden gedacht aan een limitering in geval van serieschade.

Risicodifferentiatie

Uit hetgeen hiervoor is gesteld met betrekking tot de rechtseconomische beginselen van verzekering, de strijd tegen de anti-selectie en de verzekeringscrisis in de V.S. blijkt reeds dat een nauwe aflijning van risicogroepen essentieel is voor zowel de controle op het moreel risico als voor de strijd tegen de anti-selectie. Indien door een perfect aangepast polisvoorwaardenpakket het moreel risico kan worden uitgesloten, zal het verzekeringscontract geen negatieve invloed meer op het ongevalsrisico hebben en het moreel risico op een optimale wijze worden gecontroleerd. Belangrijk is dan wel dat, nu de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht tengevolge van verzekering is weggefallen, in het verzekeringscontract zelf incentive mechanismen worden ingebouwd door eigen risico's, plafonds en geïndividualiseerde polisvoorwaarden.

De verzekeringseconomische theorie biedt een aantal aardige indicaties hoe op uitbreidende aansprakelijkheid kan worden gereageerd met behoud van dekking en een behoorlijke aanpassing van de premie aan het reële risico.⁴¹² Het antwoord is dat een reductie van het risico kan worden bereikt door de polisvoorwaarden zo nauw mogelijk

⁴⁰⁹ De stijgende probabilliteit wordt overigens niet alleen beïnvloed door wijzigingen in wetgeving en jurisprudentie, maar bijvoorbeeld ook door een gewijzigd claimgedrag bij burgers en toenemend regres door sociale zekerheidsinstanties.

⁴¹⁰ Zie daarover Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verzekering en aansprakelijkheid*, tweede druk, Deventer, 1999, hoofdstuk 4 met verdere verwijzingen.

⁴¹¹ Faure, M. en Van den Bergh, R., *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid: een rechtseconomische analyse*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, Vermande, 1990, 20 e.v.

⁴¹² Ook vanuit actuariële hoek is reeds lang op het belang van risicoclassificatie gewezen. In dat verband kan onder meer op de publikaties van De Wit worden gewezen. Zie Wit, G.W. de, *A Dialogue about Socialization of Risk*, *Proceedings Centennial American Actuarial Profession*, 1988, 1045-1063 en Wit, G.W. de, *Gesellschaftliche Bedingungen der Prämienkalkulation*, *Mannheimer Vorträge zur Versicherungswissenschaft e.V.*, Karlsruhe, 1984.

aan te sluiten bij het individuele risico dat de betreffende verzekerde vormt. Dit betekent uiteraard ook een aanpassing van de premie aan diens individuele risico. Op die wijze zal het verzekerde bedrijf indien het individuele risico dat hij vormt weerspiegeld wordt in diens premievoorwaarden optimale prikkels voor risicoreductie hebben. Preventieve inspanningen door een onderzoeker worden dan immers beloond en herkenbaar hogere risico's zullen een daarmee corresponderende premie genieten. Bovendien zal een verzekeraar van zijn kennis over het risico dat zijn verzekerde vormt, gebruik moeten maken door bijzondere voorwaarden in de polis te stellen waarvan de dekkingverlening afhankelijk wordt gemaakt; deze voorwaarden zijn dan duidelijk gericht op het verrichten van preventieve inspanningen door de verzekerde.

Uiteraard betekent risicodifferentiatie niet dat naar het andere uiterste van een zuiver individuele tarificatie dient te worden overgegaan. Hoewel dit uiteraard het ideaal is, zal dit in vele gevallen geen haalbare kaart zijn omdat de kosten van een individuele tarificatie inefficiënt hoog kunnen zijn.⁴¹³ Inderdaad zal het kostenaspect bij de mogelijkheden tot differentiatie een grote rol spelen. Bij de bespreking van het moreel risicoprobleem werd hiervoor reeds aangegeven dat uiteraard het premie-aspect daarbij ook een rol speelt. Bij een consumentenpolis met een lage premie zal een volledig individuele tarificatie vaak onmogelijk zijn en zal de verzekeraar zijn verzekerde toch het confectiepak van de standaardpolis dienen aan te bieden. Maar juist bij het medisch-wetenschappelijk onderzoek zijn er toch mogelijkheden voor differentiatie tegen relatief lage kosten. Het uitgangspunt dient te zijn dat een verzekeraar waar mogelijk een onderscheid dient te maken tussen goede en slechte risico's en tussen beide qua polisvoorwaarden en premie onderscheid dient te maken. Lukt dit niet dan bestaat het risico dat de goeden de groep gaan verlaten en dekking via andere middelen dan de private verzekeringsmarkt zullen zoeken.⁴¹⁴ Verzekering kan juist voor deze goede risico's aantrekkelijk worden gemaakt door een voldoende differentiatie, waarbij goede risico's ook worden beloond voor inspanningen op preventief vlak die daadwerkelijk tot een risicovermindering hebben geleid. Dit betekent uiteraard ook dat bij een verdergaande differentiatie men zich niet uitsluitend blind mag staren op de premieomzet. De alhier voorgestelde verdergaande risicodifferentiatie zal immers onvermijdelijk betekenen dat in sommige gevallen ook tot premievermindering ten opzichte van de huidige situatie zal moeten worden overgegaan. Belangrijk is dat bij de premiebepaling op basis van de actuele informatie over het risico niet slechts met het premie-inkomen rekening wordt gehouden, maar vooral met de weerslag van eventuele preventieve inspanningen op de vermindering van de probabiteit dat het schadegeval zich zal voordoen.

Een cruciaal element dat noodzakelijk is in een verdergaande risicodifferentiatie is uiteraard informatie. Alleen indien een verzekeraar accurate informatie heeft over het individuele risico dat zijn verzekerde vormt, zal hij op basis van die informatie zijn verzekerde kunnen belonen voor preventieve inspanningen en bijgevolg een behoorlijke geïndividualiseerde tarificatie kunnen toepassen. Juist omdat dergelijke informatie uiteraard niet altijd gemakkelijk te achterhalen is, zal men derhalve hetzij afhankelijk zijn van collectief vergaarde informatie (bijvoorbeeld via het Verbond van Verzekeraars),⁴¹⁵ hetzij van een ver doorgedreven specialisatie. Indien een verzekeraar zich specialiseert in een bepaalde sector of branche en ook door gedegen

⁴¹³ Zie over de kosten van risicodifferentiatie verder bij Borenstein, S., "The economics of costly risk sorting in competitive insurance markets", *International Review of Law and Economics*, 1989, 25-39 en Wils, W.P.J., supra noot 395, 1994, 449-467.

⁴¹⁴ Hier worden de theoretische voordelen van risicodifferentiatie besproken en wordt dus even afgezien van het bestaan van een verzekeringsplicht.

⁴¹⁵ Zie voor eventuele bezwaren uit het mededingingsrecht hierna.

onderzoek over de risico's in die sector kan achterhalen welke factoren het risico substantieel beïnvloeden, zal hij in staat zijn op basis daarvan accurate risicogroepen te maken. Deze informatieverschaffing door specialisatie kan een verzekeraar uiteraard ook een belangrijk competitief voordeel bieden. Zij zal immers tot gevolg hebben dat goede risico's door een dergelijke individuele tarificatie worden aangetrokken. Zij zullen immers bemerken dat zij bij een verzekeraar die over goede informatie beschikt, beloond worden voor preventieve inspanningen. Daardoor vormen zij een lager risico en dienen zij een dienovereenkomstig lagere premie te betalen. Het gevolg daarvan is dat een doorgedreven differentiatie gebaseerd op behoorlijke informatievergaring en specialisatie niet alleen het aangewezen instrument lijkt als reactie op uitbreidende aansprakelijkheid, maar bovendien een verzekeraar ook een commercieel voordeel kan bieden. Informatie verschaft een verzekeraar immers een competitief voordeel, hetgeen een verzekeraar op termijn zelfs een belangrijke omzetting zal kunnen opleveren ondanks initiële premieverlagingen die hij zou doorvoeren als reactie op investeringen in preventie. Risicodifferentiatie lijkt dan ook de meest aangewezen reactie op de nieuwe uitdagingen van het aansprakelijkheidsrecht. Zij kan alleen worden doorgevoerd indien ook werk wordt gemaakt van een sterke informatievergaring, waardoor een verzekeraar tegelijk zijn marktpositie kan verbeteren.

5.2.2.4 Dekkingssystematiek

Begrenzing van de dekking naar tijd

Hiervoor werd reeds aangegeven dat voor een verzekeraar grote problemen kunnen ontstaan wanneer zich een lang tijdsverloop voordoet tussen de fout en de schade. Dat is een zeer reëel probleem bij medisch-wetenschappelijk onderzoek. In principe is het mogelijk dat de schade zich pas voordoet vele jaren nadat het onderzoek heeft plaatsgevonden. Voor dat soort gevallen is de begrenzing van de dekking naar tijd essentieel. In dit kader wordt een drietal systemen onderscheiden:⁴¹⁶

1. het act committed-systeem: bepalend voor de dekking is dat de schade binnen de duur van de contractstermijn is veroorzaakt;
2. het loss occurrence-systeem: bepalend voor de dekking is dat het letsel, de aantasting van de gezondheid of de zaakbeschadiging binnen de duur van de contractstermijn is ontstaan;
3. het claims-made-systeem: voor de dekking is bepalend dat de vordering tot schadevergoeding door de verzekerde dan wel diens verzekeraar tijdens de duur van de contractstermijn is ontvangen.

Act committed-systeem

Het act committed-systeem werd algemeen gebruikt voor AVB-polissen⁴¹⁷ in de jaren vijftig en zestig. Bepalend voor de dekking is dat de schade binnen de duur van de contractstermijn is veroorzaakt. Dat betekent dat voor aansprakelijkheid van de verzekerde voor de door de derde geleden schade alleen dan dekking zal bestaan indien deze schade moet worden toegerekend aan een wanprestatie of onrechtmatige daad van de verzekerde die binnen de duur van de overeenkomst heeft plaatsgevonden. Het voordeel voor de verzekerde is dat de vordering blijft voortbestaan totdat de vordering van het slachtoffer door verjaring is tenietgegaan, ongeacht of de overeenkomst door hem zelf of door de verzekeraar (tussentijds) is beëindigd. Bovendien zijn voor de dekking bepalend de voorwaarden zoals deze golden ten tijde van het veroorzaken van

⁴¹⁶ Zie uitgebreid Wansink, J.H., *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, tweede druk 1994, 97 e.v. en Huizen, F. van, "Enkele begrenzingen van de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering", *Drie treden* (De Ruiter-bundel), 329 e.v.

⁴¹⁷ Dit is (algemene) AansprakelijkheidsVerzekering voor Bedrijven.

de schade. Dat betekent dat de verzekeraar een later ingevoerde beperking van de dekking niet aan de verzekerde kan tegenwerpen. Een nadeel is dat ook de financiële omvang van de dekking wordt bepaald door de verzekerde som zoals deze gold ten tijde van het veroorzaken van de schade. Het is mogelijk dat deze onvoldoende blijkt te zijn. Voor verzekeraars is het systeem zeer nadelig, zoals het Des-arrest heeft aangetoond. Voor een verzekeraar wiens dekking kort na het in het verkeer brengen van een product is geëindigd, kan het meebrengen dat hij bijna dertig jaar later alsnog tot dekking wordt aangesproken op basis van een in het verleden ontvangen premie die wat hoogte betreft ten tijde van het uitbetalen van de schadevergoeding als onvoldoende moet worden aangemerkt. De uitloop is dus volledig verzekerd, zodat daarvoor financiering moet worden gevonden. Er is in dit systeem geen inloop.

Loss occurrence-systeem

In de jaren zeventig heeft, mede onder druk van de internationale herverzekeraars, het systeem van loss occurrence zijn intrede gedaan. Bepalend voor de dekking is dat het letsel, de aantasting van de gezondheid of de zaakbeschadiging binnen de duur van de contractstermijn is ontstaan. Dat houdt dus in dat niet relevant is of de onrechtmatige daad of wanprestatie van de verzekerde die de schade heeft veroorzaakt reeds voor de aanvang van de verzekering heeft plaatsgevonden. Voor de verzekerde geldt in de regel het voordeel dat de voorwaarden zoals deze golden ten tijde van het ontstaan van het letsel c.q. de ziekte en die bepalend zijn voor de dekking, in de regel beter zijn afgestemd op de behoefte ten tijde van het schadeloos stellen van het slachtoffer. Aan de andere kant kan hij worden geconfronteerd met het feit dat de verzekeraar zijn dekking in de loop der jaren heeft aangepast aan nieuwe inzichten en ontwikkelingen met betrekking tot het aansprakelijkheidsrisico. In dit systeem is sprake van inloop voor schade ontstaan tijdens de looptijd en is sprake van een beperkte uitloop bijvoorbeeld voor ziekten met een sluimerend karakter. Ook dit systeem kent derhalve bezwaren. Inderdaad, indien vaststaat dat het letsel of de zaakbeschadiging tijdens de looptijd van de verzekering is ontstaan, dan is inherent aan het loss occurrence systeem dat de aansprakelijkheid voor alle schade die daaruit voortvloeit in beginsel onder de dekking van de polis valt, ook als deze eerst na het einde van de verzekering wordt geleden. Verzekeraars kunnen in dit systeem zelfs tot 20 (of soms zelfs tot 30) jaar na afloop van het verzekeringscontract worden geconfronteerd met claims die zijn ontstaan tijdens de verzekeringsduur.

Claims-made-systeem

Het systeem van claims-made komt in verschillende vormen voor. In de kern komt het erop neer dat voor de dekking bepalend is dat de vordering tot schadevergoeding door de verzekerde dan wel diens verzekeraar tijdens de duur van de contractstermijn is ontvangen. Het systeem heeft enkele voordelen voor de verzekerde. In beginsel geniet hij volledige inloop en is de hoogte van de verzekerde som op de lopende polis waarschijnlijk beter afgestemd op zijn daadwerkelijke behoefte ten tijde van het schadeloos stellen van de benadeelde. Voor die inloop kan premie worden gevraagd. Uiteindelijk zijn de voordelen vooral voor verzekeraars. In een dergelijk systeem heeft de verzekeraar het moeilijk beheersbare uitlooprisico in beginsel volledig uitgesloten. Immers, zodra de verzekering eindigt, ontbreekt voor de verzekerde iedere dekking, ook als het om aanspraken gaat die na de expiratiedatum van de polis worden ingesteld, terwijl ze betrekking hebben op letsel dan wel schade die daarvoor is ontstaan. Om deze reden wordt het claims-made systeem in ieder geval in de ons omringende landen met de nodige argwaan bekeken.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Zie de eerder genoemde literatuur met verdere verwijzingen.

Relativering

Aan een claims-made dekking kleven voor verzekerden bezwaren indien een namelding zou worden uitgesloten. Het is goed mogelijk dat zij geen dekking krijgen als gevolg van toevallige omstandigheden hoewel zij voor het risico van de gebeurtenissen wel degelijk premie hebben betaald. Verder zal duidelijk zijn dat bepaalde verzekerden problemen kunnen krijgen bij het verkrijgen van dekking bij een nieuwe verzekeraar. Het risico is aanwezig dat de rechter in bepaalde gevallen een beroep op de claims-made dekking of op een tussentijdse beëindiging in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal oordelen (artikel 6:248 BW). Voor afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) behoeft niet te worden gevreesd nu dekkingsbepalingen de kern van de overeenkomst betreffen en daarom niet vatbaar zijn voor toetsing in het kader van artikel 6:233 BW op onredelijke bezwarendheid. Wat betreft de uitloop lijkt het mogelijk om in beperkte zin tegemoet te komen aan de belangen van de verzekerden door bijvoorbeeld namelding gedurende een zekere periode mogelijk te maken of een omstandighedenclausule op te nemen.

Vanuit de invalshoek van verzekeraars is er veel te zeggen voor invoering van een claims-made systeem. In het kader van de AVB-polismodelwijziging in 1996 is dat ook duidelijk gebleken.

Vooraf in verband met de verzekering van long tail-risico's en het gevaar van retroactieve aansprakelijkheid geniet de claims-made-systematiek de voorkeur. Juist om de belangen van verzekerden te dienen wordt een claims-made polis veelal gecombineerd met een namelding-mogelijkheid of een omstandigheden dekking (feitenmelding). Dat is overigens precies wat de Nederlandse verzekeraars ook hebben gedaan bij de hervorming van het AVB-polismodel in 1996.⁴¹⁹

5.2.2.5 Andere polistechnische reacties

Ook kunnen uiteraard andere polistechnische reacties worden uitgedacht ter reductie van het risico voor de verzekeraar, specifiek bij nieuwe gezondheidsrisico's. Gedacht kan worden aan clausules die bepalen dat dekking slechts wordt verleend volgens het recht dat toepasselijk is op het ogenblik van de polisafsluiting. Ook in het kader van de beroepsziekten zou kunnen worden gespecificeerd dat slechts dekking wordt verleend voor ziekten die geregistreerd zijn op de Europese lijst op het ogenblik van de aanvang van de dekking. Bijkomende dekking zou dan wel kunnen worden verleend onder voorwaarde van bijkomende premiebetaling. Dergelijke uitsluitingen of beperkingen van onvoorzienbare schade of veranderingen in het recht zijn, mits goed geredigeerd, waarschijnlijk juridisch haalbaar. Problemen rijzen veeleer in het vlak van de maatschappelijke haalbaarheid. Oplossingen zoals het uitsluiten van bepaalde ziekten of verschijnselen (zoals stress), dan wel het limiteren van bepaalde schadeposten (zoals smartengeld) kunnen verzekeringseconomisch gezien wel de meest ideale reactie op onzekere ontwikkelingen zijn, maar zijn vanuit maatschappelijk gezichtspunt wellicht problematisch. Hier is het aan de verzekeraars te beoordelen hoe zij met bepaalde voorstellen die verzekeringseconomisch wenselijk, maar maatschappelijk moeilijk liggen, wensen om te gaan. Daarbij verdient vermelding dat het de vraag is of maatschappelijke problemen door verzekeraars moeten worden opgelost, ook in gevallen waarin dat niet zonder risico voor hen zelf is, en verder dient te worden

⁴¹⁹ Zie in dat verband Tjoeng, L.M., "Het polismodel AVB96 en de overgang van loss occurrence naar claims-made", A&V, 1996, 127-133 en zie ook de andere bijdragen die in die A&V-special over het polismodel AVB96 zijn opgenomen.

opgemerkt dat niet kan worden verwacht dat wetgever of rechter verzekeraars te hulp zullen schieten wanneer zij met open ogen onnodige risico's nemen.⁴²⁰

5.2.3 Concurrentie op verzekeringsmarkten

5.2.3.1 Inleiding

In dit onderzoek moet ook aandacht uitgaan naar de economische constellatie die bevorderend kan werken op de mogelijkheden om de verzekeraarbaarheid van medisch wetenschappelijk onderzoek te bevorderen. Hiervoor is reeds aangegeven dat het bestaan van voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt een belangrijke factor is. In dit hoofdstuk zijn tot nu toe slechts de theoretische randvoorwaarden geschetst die vervuld dienen te worden om verzekeraarbaarheid te bevorderen. Of een bepaald nieuw onderzoek uiteindelijk ook daadwerkelijk zal worden verzekerd is echter een beslissing van de verzekeringsmarkt. Daar kan vanuit theoretisch perspectief relatief weinig over worden gezegd. Hetgeen daar wel over kan worden opgemerkt is dat de kansen dat de commerciële verzekeraars geneigd zullen zijn om medisch-wetenschappelijk onderzoek te dekken groter zullen zijn wanneer behoorlijke concurrentie op de verzekeringsmarkt bestaat. Daarom verdient dit aspect van de concurrentie zeker nadere bestudering. Daar komt nog bij dat in sommige gevallen samenwerking tussen verzekeraars die haaks lijkt te staan op de noodzakelijke concurrentie juist aangewezen is om de verzekeraarbaarheid te bevorderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de pooling: een samenwerking tussen verzekeraars die noodzakelijk is om grote risico's te kunnen dekken. Ook werd hierboven in het kader van het benadrukken van het belang van risicodifferentiatie reeds aangegeven dat het van belang kan zijn dat bijvoorbeeld een organisatie zoals het Verbond van Verzekeraars informatie zou verzamelen over risico's, bijvoorbeeld in het kader van medisch wetenschappelijk onderzoek, om die vervolgens aan de markt ter beschikking te stellen. Ook in dat kader rijst uiteraard de vraag hoe een dergelijk optreden verenigd kan worden met de noodzaak een behoorlijke concurrentie op de verzekeringsmarkt te bewerkstelligen.

In de rechtseconomie zijn de zegeningen van de aansprakelijkheidsverzekering vaak besproken. Rechtseconomen hebben erop gewezen dat aansprakelijkheidsverzekering het aangewezen instrument is om enerzijds risico weg te nemen (of te reduceren) bij een risico-averse dader, terwijl anderzijds de verzekeraar via een optimale controle van het gedrag van de verzekerde voldoende garanties kan bieden dat laatstgenoemde ook voldoende prikkels blijft houden tot preventie van ongevallen.⁴²¹ Tegelijkertijd moet worden gesteld dat deze zegeningen van aansprakelijkheidsverzekering alleen gelden wanneer er voldoende concurrentie is op de verzekeringsmarkt.⁴²² Zonder te willen beweren dat de concurrentie op de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen in Nederland op dit moment op enigerlei wijze zodanig in gevaar zou komen dat aansprakelijkheidsverzekering niet langer als efficiënt kan worden beschouwd, lijkt er toch steeds vaker sprake van overeenstemmende gedragingen tussen verzekeraars, die daarbij vaak gevolg geven aan impliciete of expliciete adviezen vanuit een beroepsorganisatie, zoals het Verbond van Verzekeraars. Dergelijke marktadviezen kunnen afhankelijk van de inhoud en intensiteit mededingingsbeperkend werken; deze mededingingsbeperkingen hebben ook hun belang voor het aansprakelijkheidsrecht.

⁴²⁰ Zie Haazen, O.A. en Spier, J., "Amerikaanse toestanden en de nieuwe aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen", *NJB*, 1996, 50.

⁴²¹ Faure, M., *supra* noot 404, 8-11.

⁴²² Zie Van den Bergh, R. en Faure, M., *supra* noot 411, 30-32.

Concurrentiebeperking kan reeds een rol spelen door het enkele feit dat slechts enkele verzekeraars op de markt optreden, waardoor het verzekeringsaanbod verschaalt.

Voorbeelden van marktadviezen zijn de gebruikte formules voor de *ex post* differentiatie van risico's in het kader van het zogenaamde "bonus-malus"-systeem en het advies van het Verbond van Verzekeraars om in het kader van de aansprakelijkheid voor milieuschade niet langer aansprakelijkheidsverzekering (via het zogenaamde MAS) aan te bieden, doch om over te gaan tot een first-party-verzekering van saneringskosten.⁴²³ Ook de in 1996 geïntroduceerde nieuwe polis inzake aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (de AVB-polis) was het resultaat van een marktadvies van het Verbond. Hoewel voor deze ontwikkelingen vanuit rechtseconomisch perspectief veel te zeggen valt,⁴²⁴ is hier in de praktijk doorgaans sprake van gedragingen van verzekeraars, ingegeven door adviezen van het Verbond die de mededinging lijken te beperken. Immers: in de praktijk zullen verzekeraars er bijvoorbeeld toe neigen het nieuwe model voor de AVB-polis te volgen en zal een individuele verzekerde moeilijkheden ondervinden om een "loss occurrence"-dekking te krijgen, bijvoorbeeld tot dekking van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten. In sommige gevallen is de mededingingsbeperking zonder meer duidelijk. Daarbij kan worden gedacht aan de, wederom in het kader van het aansprakelijkheidsrecht belangrijke, (inmiddels ingetrokken) besluiten van het Verbond om geen dekking te verlenen voor schade tengevolge van watersnood en tengevolge van aardbevingen. In het laatste geval betrof het zogenaamde "bindende" besluiten, die, zoals het woord het zelf zegt, bindend zijn voor de bij het Verbond aangesloten verzekeraars. Het gevolg was dat geen enkele verzekeraar in Nederland dekking aanbood voor bijvoorbeeld schade ontstaan tengevolge van overstroming. Een duidelijk effect van dergelijke mededingingsbeperkende afspraken is de beperking van de beschikbaarheid van verzekering, waarbij men kan betwijfelen of het hier daadwerkelijk steeds onverzekerbare risico's betreft.⁴²⁵

Deze voorbeelden geven aan dat samenwerking tussen verzekeraars, zeker wanneer zij tot een beperking van de variatie in polisvoorwaarden of het aanbod van verzekeringsproducten leidt, tot mededingingsbeperkingen kan leiden. De vraag is dan of dergelijke marktadviezen in overeenstemming zijn met de bepalingen van de toepasselijke Europese en Nederlandse mededingingswetgeving en hoe het huidige mededingingsrecht op dit vlak rechtseconomisch dient worden te gewaardeerd. Het is zonder meer duidelijk dat verzekeraars op vele domeinen voorat wat risicodifferentiatie betreft, over een informatievoordeel beschikken. Dit geldt ook op andere domeinen, zoals de efficiëntie van bepaalde veiligheidsmaatregelen om ongevallen te voorkomen. Uitwisseling van informatie tussen verzekeraars creëert echter tegelijk een kader voor mededingingsbeperkingen. Samenwerking tussen verzekeraars is daarom een moeilijk en omstreken vraagstuk. In de eerste plaats is het niet eenvoudig een onderscheid te maken tussen, enerzijds, nuttige en wenselijke coöperatie tussen verzekeraars die de beschikbaarheid van (aansprakelijkheids)verzekering en een toegenomen productdifferentiatie juist ten goede kan komen en, anderzijds, schadelijke mededingingsbeperkende afspraken. Hoe onderscheidt men

⁴²³ Wansink, J.H., "Verzekering en milieuschade als gevolg van vervoer/opslag van gevaarlijke stoffen", *TMA*, 1999, 77-82 en Faure, M., Hartlief, T. en Hertoghs, M., *Evaluatie van het Fonds luchtverontreiniging*, Den Haag, Sdu, 2000, 112.

⁴²⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor de overgang van "loss occurrence" naar "claims-made"-dekkingen als remedie voor de dekking van het zogenaamde "long-tail-risico" (zie Wansink, J.H., "De aansprakelijkheidsverzekering en de dekking van "long-tail-risico's", *A&V*, 1995, 1-5).

⁴²⁵ Kritisch daarover zijn Faure, M. en Hartlief, T., "Een schadefonds als alternatief voor aansprakelijkheid en verzekering?", *RM Themis*, 1998, 211-228.

concurrentiebevorderende samenwerking van mededingingsbeperkende afspraken? In de tweede plaats kunnen er in gevallen waarin mededingingsbeperkingen bestaan, voordelen verbonden zijn aan samenwerking, die de door de kartelafspraken gecreëerde verliezen kunnen compenseren. Besparen op informatiekosten door samenwerking tussen verzekeraars kan voordelen genereren die uitstijgen boven de nadelen van de mededingingsbeperkingen en bovendien een betere risicodifferentiatie toelaten, met de daaraan verbonden gunstige gevolgen. De vraag is dan of het mededingingsrecht een dergelijk efficiëntieverweer toelaat. Kunnen verzekeraars aantonen dat samenwerking meer economische voordelen dan nadelen oplevert en dat deze voordelen niet zonder de veroorzaakte concurrentiebeperkingen kunnen worden gerealiseerd, zodat een vrijstelling van het kartelverbod verantwoord is?

Hierna zal worden ingegaan op het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten voor het onderhavige onderzoek naar de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek. In dat verband dient in de eerste plaats te worden onderzocht wat de strekking is van de groepsvrijstelling die op 21 december 1992 door de Europese Commissie werd verleend aan de particuliere verzekeringssector. Vervolgens zullen die voorwaarden voor de vrijstelling van het kartelverbod zoals die in de groepsvrijstelling zijn geformuleerd kritisch tegen het licht worden gehouden en worden gerelateerd aan bepaalde Nederlandse verzekeringspraktijken. Daarna wordt aandacht besteed aan een recent verslag van de Europese Commissie aan het Europees Parlement van 12 mei 1999 betreffende de toepassing van de aangehaalde groepsvrijstelling in de verzekeringssector.

5.2.3.2 Verordening nr. 3932/92 en de Nederlandse praktijk van de aansprakelijkheidsverzekering

De Europese Commissie heeft op 21 december 1992 een groepsvrijstelling verleend voor kartelafspraken in de verzekeringssector.⁴²⁶ Vanuit rechtseconomisch perspectief is op deze groepsvrijstelling veel kritiek geleverd.⁴²⁷ De essentie van de Europese regelgeving, vervat in deze groepsvrijstelling, is, dat het kartelverbod niet van toepassing is op de verzekeringssector, wanneer aan specifieke voorwaarden wordt voldaan. Op de Nederlandse markt gelden dezelfde regels aangezien artikel 13, eerste lid, Mededingingswet bepaalt dat Nederlandse overeenkomsten (die de handel tussen de lidstaten niet beïnvloeden en dus niet de Europese drempel halen), die inhoudelijk onder een EG-groepsvrijstelling vallen, vrijgesteld zijn van het kartelverbod. Wanneer daarentegen niet voldaan is aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling vallen mededingingsbeperkende afspraken in de verzekeringssector principieel onder het kartelverbod. Om wat voor concurrentiebeperkende afspraken gaat het nu?

Premieafspraken

De meest vergaande vorm van concurrentiebeperking is wellicht de prijsafpraak. Van regelrechte premieafspraken is ons in de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeringspraktijk niets bekend. Wel worden soms vanuit het Verbond adviezen gegeven over de wijze waarop tarificatie zou kunnen plaatsvinden. In het bepalen van de initiële premie is de verzekeraar in Nederland echter steeds vrij.

Hetzelfde geldt ten aanzien van adviezen die door het Verbond worden gegeven in verband met bepaalde polismodellen. Indien men bijvoorbeeld het polismodel AVB

⁴²⁶ Zie voor een commentaar op deze verordening Levie, G. en Cousy, H. (red.), *La politique Européenne de concurrence en matière d'assurance*, Brussel, Bruylant, 1994.

⁴²⁷ Zie bijvoorbeeld Faure, M. en Van den Bergh, R., supra noot 407, 261-267 en in Faure, M. en Van den Bergh, R., "Restrictions of Competition on Insurance Markets and the Applicability of EC Anti-trust Law", *Kyklos*, 1995, 65-85.

1996⁴²⁸ bekijkt, zal men zien dat wordt voorgesteld om een bepaalde systematiek te hanteren inzake de tarificatie, bijvoorbeeld door een rubriekenpolis in te voeren (met bijzondere voorwaarden voor bijzondere risico's zoals milieuaansprakelijkheid, bedrijfsaansprakelijkheid en werkgeversaansprakelijkheid). Het polismodel AVB 1996 bevat weliswaar artikelen over premieberekening, premiebetaling en aanpassing van premie en voorwaarden,⁴²⁹ maar deze zijn blanco gelaten.

De Europese vrijstelling geldt krachtens artikel 3 van de Verordening alleen op voorwaarde dat de berekeningen, tabellen of onderzoeksresultaten louter indicatief zijn en dat uitsluitend indicaties over netto-premies worden gegeven. De Nederlandse praktijk is daarmee in overeenstemming. Uiteraard is de grens tussen indicatieve premies en eigenlijke prijsafspraken vaag. Aanbevolen prijzen worden vaak gebruikt als surrogaat voor opgelegde prijzen (bijvoorbeeld verboden verticale prijsbinding). Om deze reden blijft, naar onze mening, toezicht door de mededingingsautoriteiten vereist.

Standaard polisvoorwaarden

Zoals vermeld resulteert gezamenlijk onderzoek van samenwerkende verzekeraars vaak in een standaard polismodel. Wij gaven reeds het voorbeeld van de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven, de nieuwe AVB-polis. Laatstgenoemde polis kwam tot stand na lang, door het Nederlands Verbond van Verzekeraars, geïnitieerd onderzoek.⁴³⁰ Ook andere voorbeelden van gestandaardiseerde polisvoorwaarden zouden kunnen worden gegeven. Zo hebben verzekeraars in 1997 besloten om in beginsel niet langer een milieuaansprakelijkheidsverzekering aan te bieden, maar wel een zogenaamde rubriekenpolis milieuschadeverzekering. Het komt in feite neer op een omschakeling van een third party-aansprakelijkheidsverzekering naar een first party-milieuschadeverzekering voor saneringskosten.⁴³¹ Voor veel van de zojuist aangehaalde, door het Verbond gesuggereerde, wijzigingen is vanuit rechtseconomisch perspectief veel te zeggen. Immers: het AVB-polismodel schakelt over van een zogenaamde "loss occurrence" dekkingssystematiek naar "claims-made" dekkingen, die verzekeringseconomisch gezien inderdaad beter in staat zijn om het zogenaamde "long tail risico" te dekken. Dit is hiervoor uitvoerig aan de orde geweest. Hetzelfde geldt voor de omschakeling van een third party- naar een first party-dekking bij milieuschade. De Nederlandse verzekeraars zijn desbetreffend op dit ogenblik voorlopers in Europa omdat zij de wijze rechtseconomische les ter harte hebben genomen dat een optimale risicodifferentiatie nu eenmaal beter loopt bij first-party-verzekering dan bij third-party-verzekering.⁴³² Dat wordt hieronder uitgebreid toegelicht. De cruciale vraag is in dit kader wederom of het aanvaardbaar is dat het resultaat van (ook rechtseconomisch) onderzoek aan de markt ter beschikking wordt gesteld via een standaardpolis.

Ook hier is het antwoord vanuit de Groepsvrijstelling weer eenvoudig. Artikel 6 van Verordening 3932/92 bepaalt dat de vrijstelling voor standaard polisvoorwaarden van toepassing is onder de voorwaarde dat zij worden opgesteld en bekendgemaakt en daarbij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat zij louter indicatief zijn en uitdrukkelijk vermelden dat andere voorwaarden kunnen worden overeengekomen. De zojuist aangehaalde voorbeelden van standaard polisvoorwaarden met betrekking tot

⁴²⁸ Gepubliceerd in A&V, 1996, 151-160.

⁴²⁹ Artt. 11-13.

⁴³⁰ Zie onder meer Faure, M. en Hartlief, T., "Ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten: aanleiding voor een nieuwe AVB-polis?", A&V, 1996, 140, 151 en zie ook de andere bijdragen aan die special van A&V over het polismodel AVB '96. Voor een kritisch commentaar zie Haazen, O.A. en Spier, J., supra noot 420, 45-50.

⁴³¹ Zie daarover Wansink, J.H., supra noot 423, 77-82.

⁴³² Faure, M. en Van den Bergh, R., supra noot 394, 129-140.

aansprakelijkheidsverzekering kunnen deze toets zeker doorstaan. Het nieuwe polismodel AVB '96 is zeker bekend gemaakt; het werd zelfs in een juridisch tijdschrift (*Aansprakelijkheid en Verzekering*) gepubliceerd. Boven aan dit polismodel is uitdrukkelijk opgenomen: "De in dit polismodel opgenomen teksten zijn louter indicatief. Elke individuele verzekeraar kan hiervan tekstueel en/of inhoudelijk afwijken". Ook de literatuur benadrukt dat het model AVB '96 indicatief is en dat verzekeraars vrij zijn hiervan geheel of ten dele af te wijken.⁴³³ Hetzelfde geldt voor de vermelde milieuschadeverzekering, waar eveneens aan het hoofd is opgenomen dat de teksten indicatief zijn en dat elke verzekeraar hiervan tekstueel en/of inhoudelijk kan afwijken. De Groepsvrijstelling is klaarblijkelijk bij het Nederlands Verbond goed bekend.

Hoewel formeel-juridisch op deze praktijk dus niets valt af te dingen, blijft de vraag toch of een standaardisering, onder het mom van markttransparantie, moet worden toegelaten. Het kan immers niet worden ontkend dat het mededingingsbeperkend effect (met alle gevolgen voor de verzekerde) van het gebruik van standaardpolisvoorwaarden groot is. Immers: hoewel de voorwaarden, bijvoorbeeld van het AVB-polismodel '96, louter indicatief zijn en elke verzekeraar vrij is om er van af te wijken, zal het vandaag de dag voor een werkgever in Nederland nagenoeg onmogelijk zijn om een dekking van werkgeversaansprakelijkheid te verkrijgen die niet op "claims-made" basis is gestoeld, ook wanneer hij bereid zou zijn de daarvoor corresponderende premie te betalen. Deze kritiek zal de Nederlandse verzekeraars vermoedelijk een zorg zijn: de gehanteerde standaard polisvoorwaarden kunnen immers de toets van de Groepsvrijstelling doorstaan.

Pooling

Samenwerking tussen verzekeraars wordt vaak gerechtvaardigd met een beroep op de grote capaciteit die nodig is om hetzij complexe, hetzij zeer "dure" risico's te dekken. Ook pooling is in de Nederlandse aansprakelijkheidsverzekeringsbranche goed bekend. Voor de inwerkingtreding van de rubriekopolis milieuschadeverzekering werd milieuschade in Nederland bijvoorbeeld grotendeels gedekt via het zogenaamde Milieuaansprakelijkheidssamenwerkingsverband (ook wel MAS genoemd). Dit was een milieupool die gezamenlijk het milieuaansprakelijkheidsrisico dekte. Wel werd door de afzonderlijke maatschappijen met de verzekerden een separate milieuaansprakelijkheidsverzekering afgesloten. Ook in de nucleaire sector is pooling goed bekend. In Nederland wordt de nucleaire verzekering gedekt door de in 1958 opgerichte "Nederlandse Pool voor Verzekering van Atoomrisico's", kortweg aangeduid als de Atoompool.⁴³⁴ Hiervoor gaven wij reeds aan dat de noodzaak tot pooling van risico's niet noodzakelijk een uitsluiting van het kartelverbod kan rechtvaardigen. Ook de Commissie is ter zake in de Groepsvrijstelling voorzichtig. Zo vervalt, volgens artikel 11 van de Verordening, het voordeel van de groepsvrijstelling indien mede(her)verzekeringsgroepen die catastrofale risico's verzekeren, een marktaandeel hebben van meer dan 15 procent. In andere gevallen van medeverzekering wordt het percentage verminderd tot 10 procent. Wij hebben geen exacte informatie over het marktaandeel van de verscheidene bij de Atoompool betrokken verzekeraars, maar dat dit nadere bestudering verdient, moge duidelijk zijn. De Atoompool is een vereniging van ongeveer zestig in Nederland werkzame verzekeringsmaatschappijen, die samen een behoorlijk marktaandeel kunnen hebben. In het geval van de nucleaire verzekering

⁴³³ Haazen, O.A. en Spier, J., supra noot 420, 45.

⁴³⁴ Zie daarover onder meer Domsdorf, E.P.M.W., *Internationaal Atoomenergierecht, De betrokkenheid van Nederland bij meer dan honderd verdragen*, Zwolle, 1993, 717, voetnoot 189 en Faure, M., "De verzekering van het nucleaire risico", in: *In Volle Verzekerdheid*, opstellen aangeboden aan Prof.Mr. A.J.O. Baron Van Wassenae van Catwijk, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993, 247-260.

lijken de (nationale) atoompools duidelijk een monopolie te vormen die geen verdere concurrentie toelaat.⁴³⁵ Aangezien de Verordening 3932/92 geen uitzondering lijkt toe te laten voor de nucleaire sector, rijst sterk de vraag hoe de Nederlandse atoompool met het vereiste van artikel 11 van de Groepsvrijstelling, dat de verzekeringsgroep geen marktaandeel mag hebben van meer dan 15 procent, zal omspringen. Wanneer aan deze voorwaarde niet is voldaan, lijkt ook de Atoompool principieel onder het kartelverbod te vallen.

Overigens is dit naar onze mening ook terecht. Pooling van risico's kan namelijk op zichzelf efficiënt zijn omdat pooling het juist bij catastroferisico's ook voor kleine maatschappijen mogelijk maakt in deze markt te opereren. Bij gebreke aan pooling zouden alleen enkele grotere maatschappijen verzekeringsdekking kunnen verschaffen voor catastroferisico's. Pooling kan in beginsel tot een toename van het aantal marktdeelnemers leiden.⁴³⁶ Indien pooling daarentegen niet tot een verhoging van de concurrentie leidt, zoals bij de Atoompool het geval lijkt te zijn, is zij uiteindelijk inefficiënt.

In het kader van de MWO is dus belangrijk dat pooling op zichzelf toegelaten zou zijn bijvoorbeeld in de casus dat de verzekeraars zouden menen dat de risico's te groot zijn om door een verzekeraar gedragen te worden.

Bindende besluiten

Tenslotte kan worden gewezen op de afspraken die door de Nederlandse verzekeraars in de jaren vijftig zijn gemaakt ten aanzien van de verzekering van rampen en dan in het bijzonder de verzekering van schade als gevolg van natuurrampen. De problemen bij de verzekeraarheid van rampen zijn illustratief voor de moeilijkheden die men ondervindt bij het beoordelen van verzekeraarheid op basis van gegevens die vanuit de sector worden verstrekt. Verzekeraars ondervinden bij de dekking van die risico's naar eigen zeggen zodanig grote problemen dat zij in de jaren vijftig afspraken geen dekking meer te verlenen voor schade als gevolg van aardbeving of overstroming. Deze afspraken hebben geleid tot het zogenaamde Bindend Besluit Overstroming en het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische uitbarstingen. Voor het functioneren van aansprakelijkheid en verzekering is het nadeel van een dergelijke afspraak uiteraard dat een oordeel over "verzekeraarheid" wordt aangenomen, terwijl men uit het oog verliest dat die onverzekeraarheid alleen gebaseerd is op de kartelafpraak van bepaalde verzekeraars. Deze besluiten hebben ertoe geleid dat geen enkele verzekeraar in Nederland schade ten gevolge van natuurrampen lijkt te dekken. Juist vanwege deze "onverzekeraarheid" is in 1998 een wet geïntroduceerd betreffende de tegemoetkoming van schade bij rampen en zware ongevallen (WTS).⁴³⁷ Een dergelijke mededingingsbeperkende afspraak van verzekeraars om als sector een bepaalde schade niet te dekken heeft uiteraard belangrijke maatschappelijke consequenties. Het gevolg is immers dat de overheid met fondsoptlossingen dient tussen te komen, ook voor schadevormen die op zichzelf technisch gezien zeker verzekeraar zijn.⁴³⁸

Een mededingingsbeperkende afspraak om bepaalde risico's niet te dekken kan niet genieten van een vrijstelling van het kartelverbod op basis van Verordening 3932/92. Overweging 8 bepaalt dat standaardpolisvoorwaarden geen systematische uitsluiting

⁴³⁵ Daarover ook reeds Hamburger, M., "De aansprakelijkheidsverzekering in Nederland voor schade door kernongevallen in West-Europa", *NJB*, 1996, 1340.

⁴³⁶ Zie daarover Havens, III, C.W. en Theisen, R.M., "The Application of United States and EEC Antitrust Laws to Reinsurance and Insurance Pooling Arrangements", *The Antitrust Bulletin*, 1986, 1301.

⁴³⁷ Zie daarover onder meer De Vries, F.J. "Vergoeding van rampschade", *NJB*, 1998, 1908-1913.

⁴³⁸ Zie daarover Faure, M. en Hartlief, T., supra noot 425, 220-222.

mogen bevatten van specifieke soorten dekking, zonder uitdrukkelijk in de mogelijkheid te voorzien dat de dekking bij overeenkomst kan worden ingesloten. Dit staat ook duidelijk vermeld in artikel 7(1)(a). Gelet op de gebruikte terminologie zou het ons verbazen dat een "bindend besluit" toch bepaalt dat het elke verzekeraar vrij staat om schade ten gevolge van natuurrampen te dekken. De praktijk van de laatste veertig jaar liet immers zien dat het besluit wel degelijk "bindend" was. De conclusie kan dan ook niet anders zijn dan dat bindende besluiten, ertoe strekkende bepaalde schades niet te dekken, onder het kartelverbod vallen.

Ook dit is uiteraard in het kader van de WMO verzekering van groot belang. Zo zou blijken dat verzekeraars, bij hypothese, gezamenlijk zouden afspreken geen dekking meer te verlenen voor medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, zou zulks mogelijk ook als een inbreuk op het mededingingsrecht kunnen worden beschouwd. Daarvan zou eveneens sprake zijn wanneer men zou vaststellen dat het hier om feitelijk afgestemde gedragingen gaat ten gevolge waarvan dekking voor medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen niet langer beschikbaar is. Dit zou vanuit kartelrechtelijk perspectief bestreden kunnen worden.

5.2.3.3 Nadelen van concurrentiebeperking

Bij een te ruimhartig toelaten van mededingingsbeperkende afspraken valt te vrezen voor minder gedifferentieerde polissen en, daaruit voortvloeiend, een toename van het ongevalrisico. Ook kan de uitwisseling van informatie tussen verzekeraars een kader creëren dat misbruikt wordt voor het maken van prijsafspraken, die opnieuw beletten dat premies optimaal op de verzekerde risico's afgestemd zijn. Een verder gevolg van onvoldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt is dat de overheid afhankelijk kan worden van grote verzekeringspools, die onjuiste informatie verschaffen over de verzekerbaarheid van bepaalde risico's. Gelet op deze mogelijke negatieve gevolgen voor het bereiken van de efficiëntiedoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, is het dus van belang in verband met de maatschappelijke veiligheid, verzekeringsmarkten voldoende competitief te houden. Hierna maken wij enkele opmerkingen over deze gevaren in het licht van ook in Nederland gangbaar optreden van verzekeraars.

Uitwisselen van informatie: voordelen en gevaren

De Groepsvrijstelling laat gezamenlijk onderzoek van verzekeraars en uitwisseling van informatie over risico's toe. In overweging 6 wordt gesteld:

"Samenwerking tussen verzekeringsondernemingen of binnen verenigingen van ondernemingen met betrekking tot het samenstellen van statistieken ten aanzien van het aantal schadegevallen, het aantal verzekerde individuele risico's, het totale bedrag aan uitkeringen in verband met schadeclaims en het verzekerd kapitaal maakt het mogelijk de kennis van risico's te verbeteren en vergemakkelijkt de waardering van risico's voor individuele ondernemingen. (...) Gezamenlijk onderzoek van de waarschijnlijke gevolgen van externe omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het aantal of de omvang van de schadeclaims of de rentabiliteit van verschillende soorten beleggingen, kan ook worden meegenomen. Het is echter noodzakelijk te waarborgen dat de beperkingen alleen worden vrijgesteld voor zover deze noodzakelijk zijn om deze doeleinden te realiseren".

Vanuit het perspectief van de verzekeraars kan het gezamenlijk uitvoeren van onderzoek met betrekking tot de verzekerbaarheid van bepaalde risico's uiteraard

belangrijke schaalvoordelen bieden. Het lijkt weinig zinvol dat elke afzonderlijke verzekeraar bijvoorbeeld opdracht zou geven aan gezondheidkundigen om te achterhalen wat het risico is dat verzekeraars met claims in verband met schade, voortvloeiend uit onderzoek, zullen worden geconfronteerd. In dat kader kan coördinerend werk worden gedaan door een verbond van verzekeraars. Denkbaar is dat een verbond zou doorgeven bij welk type onderzoek verzekeraars in de toekomst mogelijk claims kunnen verwachten en in welke sectoren dit zou spelen. Die informatie zal vervolgens de individuele verzekeraars toelaten te bepalen welke onderzoekers goede of slechte risico's vormen, op basis waarvan vervolgens risicogroepen kunnen worden gevormd. De door gezamenlijk initiatief verkregen informatie kan worden ingezet voor een optimale risicodifferentiatie door verzekeraars en kan derhalve ook een maatschappelijk belang dienen. Hiervoor hebben wij reeds toegelicht dat alleen wanneer een verzekeraar adequaat op reële risico's inspeelt, verzekering in staat is haar maatschappelijke functie van preventie van ongevallen optimaal te vervullen.

Wat betreft het verzamelen van informatie over factoren die van invloed zijn op het risico, kunnen samenwerkende verzekeraars dus een belangrijke rol spelen. Het doel van een dergelijke samenwerking is om informatie te achterhalen over de wijze waarop verzekeraars risicogroepen zo nauwkeurig mogelijk kunnen aflijnen en derhalve een adequate remedie kunnen bieden voor het moreel risico en de anti-selectie. Dat dergelijk gezamenlijk onderzoek de toets van de Groepsvrijstelling kan doorstaan lijkt duidelijk. Het gebruiken van informatie als concurrentiemiddel kan in beginsel de mededinging op de markt doen toenemen. Coöperatie tussen verzekeraars kan plaatsvinden zonder versturende concurrentiebeperkingen. In beginsel kunnen de verschillende maatschappijen de beschikbaar gestelde informatie immers elk op hun eigen manier in de markt gebruiken om aantrekkelijke polisvoorwaarden aan te bieden. Op die wijze kan de beschikbaar gestelde informatie door de individuele maatschappijen zelfs als concurrentiemiddel worden gebruikt door de vertaling naar voorwaarden en tarificatie.

Woorden van waarschuwing zijn echter op hun plaats. Steeds zal men ervoor moeten waken dat verzekeraars, die (door de groepsvrijstelling toegelaten) afspraken maken inzake uitwisseling van schadestatistieken en het berekenen van netto-premies, niet in de verleiding zullen komen om achteraf ook "gentlemen's agreements" te sluiten ten aanzien van de bruto-premies. Dergelijke afspraken beperken premieconcurrentie die optimaal is afgestemd op de ernst van de verzekerde risico's en kunnen daarom de efficiëntiedoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht in gevaar brengen. Tot op heden is er nog geen reden om dit als een reëel risico op de Nederlandse verzekeringsmarkt te zien. Daar lijken coöperatie en informatie-uitwisseling met concurrentie over tarificatie en andere polisvoorwaarden hand in hand te kunnen gaan. Maar voorzichtigheid blijft geboden.

Onbetrouwbare informatie over verzekerbearheid

Een verder nadeel van een hoge concentratie op de verzekeringsmarkt is dat de overheid al te zeer afhankelijk wordt van mogelijk eenzijdige informatie vanuit de verzekeringssector. De belangengroepentheorie heeft geleerd dat wanneer een sector goed georganiseerd is (en transactiekosten dus laag zijn) succes op het vlak van lobbying bij de overheid voorspelbaar is.⁴³⁹ Dit roept in het huidige Nederlandse aansprakelijkheidsrecht vooral vragen op omdat – zoals hiervoor al is opgemerkt –

⁴³⁹ Daarover Van den Bergh, R. en Faure, M., supra noot 411, 34-36.

steeds vaker wordt gesteld dat de omvang en uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht mede dient te worden beoordeeld in het licht van verzekeringsmogelijkheden. Wanneer men dit "verzekeraarheids"-argument ernstig neemt, is het voor de overheid uiteraard van groot belang om vanuit de sector betrouwbare informatie te krijgen over de verzekeraarheid van bepaalde risico's. Juist daarbij is een goede concurrerende markt van belang zodat de overheid bijvoorbeeld bij verschillende maatschappijen het oor te luisteren zou kunnen leggen ten aanzien van de mogelijkheden tot verzekering van bepaalde risico's.

De ervaring heeft geleerd dat het nadelig is wanneer de overheid zich wat betreft de beoordeling van de beschikbaarheid van verzekeringsdekking volledig afhankelijk maakt van de mededelingen van een monopolistische verzekeraar. Daarbij kan worden gedacht aan de nucleaire verzekeringsmarkt, die de *facto* door de atoompool wordt gedomineerd. Uit de parlementaire debatten, voorafgaand aan de Wet van 26 juni 1991 blijkt dat de Nederlandse wetgever bijna blind heeft vertrouwd op mededelingen van de Nederlandse atoompool over de beschikbaarheid van dekking voor de verzekering van aansprakelijkheid tegenover derden. Minister Kok verklaarde tijdens het parlementaire debat:

"dat in het gehele traject van voorbereiding van het wetsvoorstel overleg is gevoerd met de atoompool. In alle gevallen kon de atoompool met de voorstellen instemmen. Er is dus van een optimale betrokkenheid sprake geweest".⁴⁴⁰

Critici stelden wel de vraag of de aansprakelijkheidslimiet voor de exploitant die op 500 miljoen was gebracht niet periodiek zou moeten worden getoetst aan de voortschrijdende dekkingsmogelijkheden op de particuliere markt,⁴⁴¹ maar wat de beschikbaarheid van verzekeringsdekking betreft werd dus volstaan met de mededelingen van de atoompool.⁴⁴²

De wetgever kan de "verzekeraarheid" beter niet afleiden uit beweringen van verzekeraars over beschikbaarheid van verzekering, zeker niet wanneer sprake is van concentratie op de verzekeringsmarkt. De beoordeling van verzekeraarheid dient dan veeleer plaats te vinden op basis van een objectieve actuariële studie, maar niet op basis van de bereidheid van een monopolistische verzekeraar om een bepaald risico te dekken.

Ook deze analyse, namelijk dat het voor de overheid gevaarlijk lijkt om zich, bijvoorbeeld via verplichte verzekering, afhankelijk te maken van een monopolist, lijkt in het kader van de WMO verzekering van groot belang. Hieronder zal immers aan de hand van de bestudering van de Nederlandse markt worden duidelijk gemaakt dat een dergelijk risico van monopolievorming wel degelijk reëel is (zie daarover verder bij paragraaf 5.2.3.5.).

5.2.3.4 Verslag van de Commissie aan het Parlement en de Raad van 12 mei 1999

In 1999 heeft de Europese Commissie een verslag opgesteld dat werd gericht aan het Europees Parlement en aan de Raad over de werking van Verordening nr. 3932/92

⁴⁴⁰ Handelingen, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4061.

⁴⁴¹ Zie desbetreffend onder meer de vragen van Mevrouw Van Rijn-Vellekoop, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4046 en van de heer De Korte, Tweede Kamer, 23 april 1991, 72-4052.

⁴⁴² Zie daarover verder bij Faure, M., *supra* noot 434, 253-257.

houdende de besproken groepsvrijstelling voor de verzekeringssector. Doel van het verslag is duidelijk te maken op welke wijze de Verordening is toegepast en wijzigingsvoorstellen te formuleren. Het biedt vooral een overzicht van de praktijk waarbij de Commissie beoordeelde of bepaalde afspraken al dan niet binnen de voorwaarden van de vrijstelling vielen. Uiteraard is het in het kader van dit onderzoek niet mogelijk om uitgebreid op dit verslag in te gaan; er zitten evenwel enkele aspecten aan die zeker bespreking verdienen.⁴⁴³

In de eerste plaats bespreekt de Commissie de vrijstelling van afspraken over (netto)premies op basis van statistische gegevens. De Commissie benadrukt dat samenwerking beperkt moet blijven tot hetgeen noodzakelijk is om betrouwbare statistische gegevens te verkrijgen met het oog op een goede premieberekening. Of een dergelijke samenwerking met andere verzekeraars noodzakelijk is hangt volgens de Commissie onder meer af van de omvang van de verzekeraar.⁴⁴⁴ Wat de praktijkervaring betreft, wijst de Commissie onder meer op een zaak tegen de Belgische Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen (BVVO), die was ingeleid door de consumentenorganisatie Test-Aankoop. De BVVO had een aanbeveling gedaan inzake de vaststelling van de zuivere minimale premie, die naar de mening van de Commissie niet door de beugel kon.⁴⁴⁵ In het algemeen lijkt de Commissie wat de samenwerking bij de premieberekening betreft behoedzaam te zijn. Wederom wordt benadrukt dat deze samenwerking werkelijk beperkt moet blijven tot hetgeen noodzakelijk is voor de vorming van vergelijkbare risicogroepen van een voldoende omvang om een representatieve populatie voor statistische bewerkingen te vormen.⁴⁴⁶ Binnen deze marges blijft samenwerking tussen verzekeraars, zeker met het oog op informatie-uitwisseling, dus mogelijk.

Wellicht nog interessanter zijn de overwegingen aangaande de standaard polisvoorwaarden. In dit kader gaat de Commissie uitgebreid in op de hiervoor besproken uitsluiting van het overstromingsrisico.⁴⁴⁷ Het Verbond had tegenover de Commissie aangevoerd dat het overstromingsrisico (ten aanzien van zeewater) in Nederland niet te verzekeren zou zijn omdat immers een groot deel van dit land onder de zeespiegel ligt. Terecht stelt de Commissie daarop de vraag waarom een uitsluiting van dekking (via het hiervoor besproken bindend besluit) dan noodzakelijk is, als het toch om een onverzekerbaar risico zou gaan. Een individuele verzekeraar zou dan immers ook zelf tot dat inzicht kunnen komen. De Commissie geeft aan dat uiteindelijk het Verbond de standaard polisvoorwaarden, houdende het verbod, in overeenstemming heeft gebracht met artikel 7, eerste lid, onder a van de Verordening door er een niet-bindende voorwaarde van te maken, zodat thans elke verzekeraar de vrijheid heeft om het overstromingsrisico wel of niet te dekken. Het bindend besluit zou dus volgens deze mededeling van de Commissie, althans wat het overstromingsrisico betreft, van de baan zijn. Het bindend besluit aardbeving en vulkanische uitbarstingen, dat in het verslag van de Commissie niet wordt vermeld, was al eerder ingetrokken.

In de derde plaats besteedt de Commissie aandacht aan de samenwerking in het kader van de pooling. Uitgangspunt blijft volgens de Commissie dat elk geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband op zichzelf concurrentiebeperkend is. De groepsvrijstelling kan dan ook alleen van toepassing zijn als het marktaandeel van de

⁴⁴³ Com (1999) 192 def., 12 mei 1999, te vinden op de website van de Commissie.

⁴⁴⁴ Verslag, nr. 6, 4.

⁴⁴⁵ Verslag, nr. 9, 5.

⁴⁴⁶ Verslag, nr. 12, 7.

⁴⁴⁷ Verslag, nr. 18, 9.

deelnemers onder een bepaalde drempel blijft.⁴⁴⁸ Toch lijkt de Commissie een zekere soepelheid aan de dag te leggen omdat zij voordelen van samenwerking in het kader van pooling ziet wanneer verzekeraars individueel niet in staat worden geacht een bepaalde verzekering op de markt te brengen. Wanneer samenwerking dus noodzakelijk is om het risico verzekeraar te maken, suggereert de Commissie dat pooling niet binnen het toepassingsgebied van het kartelverbod valt en zulks "ongeacht de omvang van het marktaandeel van de betrokkenen".⁴⁴⁹ Dit biedt mogelijk de redding voor de milieupools en de nucleaire pools, ondanks de hiervoor beschreven inefficiënties.

Bij het formuleren van toekomstverwachtingen meldt de Commissie namelijk dat de diensten "zojuist zijn begonnen met een onderzoek naar de medeverzekeringsgroepen en medeherverzekeringsgroepen op het gebied van milieurisico's en nucleaire risico's".⁴⁵⁰ Duidelijk moge zijn, dat zeker wat de nucleaire sector betreft, deze pools niet aan de drempels van de groepsvrijstelling voldoen. De Commissie zal derhalve vermoedelijk moeten beoordelen of het nucleaire risico als zodanig verzekeraar is zonder samenwerking. Daarbij dient er nog steeds voor te worden gewaakt dat de overheid zich, wat betreft informatie over de verzekeraarheid van bepaalde risico's, niet afhankelijk mag opstellen ten opzichte van de verzekeraars. Dit geldt nadrukkelijk ook voor de mededingingsautoriteiten. Verder lijkt het ons van belang dat de Commissie oog heeft voor een bepaald aspect van de nucleaire verzekering dat, naar onze mening, de mededingingsbeperking sterker maakt dan nodig is, namelijk het feit dat deze verzekering uitsluitend gebonden is aan nationale pools, die onderling niet concurreren maar ook weer samenwerken. De nationale nucleaire pools verzekeren immers alleen de kerninstallaties op hun eigen grondgebied, zonder dat er tussen deze pools concurrentie bestaat.⁴⁵¹

Interessant in het kader van het aansprakelijkheidsrecht is dat de Commissie zich wederom soepel heeft getoond tegenover de zogenaamde Protection and Indemnity Clubs (P&I clubs), die zich onder meer met de dekking van de schade ten gevolge van zeewaterverontreiniging door olie bezig houden.⁴⁵² Op 16 december 1985 had de Commissie reeds beslist dat deze P&I Clubs in aanmerking kwamen voor een ontheffing op basis van het oude artikel 85, derde lid, EEG-verdrag. Eerder is reeds gesuggereerd dat de voorwaarden voor een dergelijke ontheffing voor de P&I Clubs niet vervuld waren.⁴⁵³ De Commissie is van de juistheid van deze kritiek kennelijk niet overtuigd, nu blijkens het recente Verslag ten aanzien van deze P&I Clubs wederom wordt gesteld dat de vorming van een groep noodzakelijk was om het thans aangeboden dekkingsniveau aan te kunnen bieden (hoewel de betrokken maatschappijen samen een wereldwijd marktaandeel van 89% op de markt voor zeeverzekering hebben).⁴⁵⁴

Tenslotte is in het kader van de aansprakelijkheidsverzekeringspraktijk van belang dat de Commissie bevestigt dat afspraken die beperkt blijven tot het verstrekken van informatie over risico's niet onder het kartelverbod van artikel 81 (ex 85) EG-Verdrag vallen. De Commissie stelt dat de eenvoudige uitwisseling van informatie niet

⁴⁴⁸ Zie randnr. 26, 12 van het verslag.

⁴⁴⁹ Zie randnr. 28 (b), in fine, 14 van het verslag.

⁴⁵⁰ Verslag, nr. 32, 17.

⁴⁵¹ Faure, M., supra noot 434, 254.

⁴⁵² Zie daarover Faure, M. en Heine, G., "The Insurance of Fines: the Case of Oil Pollution", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1991, 39-54.

⁴⁵³ Faure, M. en Van den Bergh, R., supra noot 394, 331-336.

⁴⁵⁴ Verslag, nr. 29, 15.

mededingingsbeperkend hoeft te zijn. Dit is naar de mening van de Commissie slechts anders wanneer de uitwisseling van informatie gepaard gaat met de afspraak een gemeenschappelijke houding aan te nemen ten aanzien van de desbetreffende risico's. Aanbevelingen om de dekking van bepaalde verhoogde risico's of risicopremies te verhogen kunnen volgens de Commissie duidelijk niet door de beugel.⁴⁵⁵ Deze passage schetst ook duidelijk de mogelijkheden en grenzen van informatieverzanding, bijvoorbeeld vanuit een verbond van verzekeraars: informatieverzanding mag; aanbevelingen formuleren ten aanzien van de dekking van de onderzochte risico's niet.

5.2.3.5 Concurrentie op verzekeringsmarkten: belang voor verzekeraarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek

Uit deze analyse van de concurrentiebeperkende praktijken op de Nederlandse verzekeringsmarkt blijkt dat de meeste daarvan de toets van de groepsvrijstelling kunnen doorstaan. Sterker nog: aanbevelingen om de dekkingssystematiek inzake de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven te wijzigen van "loss occurrence" naar "claims-made" en de gedurfde stap om milieuverzekering niet langer op third party-, maar op directe verzekeringsbasis aan te bieden, kunnen vanuit de rechtseconomische analyse worden ondersteund. Het blijft intussen van belang te onderzoeken of het in de praktijk ook daadwerkelijk om een aanbeveling gaat, zodat verzekerden die dat wensen bijvoorbeeld nog steeds werkgeversaansprakelijkheid op "loss occurrence"-basis gedekt zouden kunnen krijgen. Wanneer de feitelijk afgestemde gedragingen van de sector zodanig zouden worden dat andere dekkingswijzen dan door het Verbond aanbevolen niet meer op de markt beschikbaar zijn, zou de aanbeveling tot een ongewenste verschraving van het aanbod leiden. Daarvoor dient dus steeds te worden gewaakt.

Ook blijkt dat voor samenwerkende verzekeraars, bijvoorbeeld in het kader van een verbond, een belangrijke rol blijft weggelegd. Een belangrijk voordeel van samenwerking is het achterhalen van informatie over de factoren die van invloed zijn om risico's te beoordelen. Informatieverzanding door het verbond, waarbij collectief verzamelde know-how ter beschikking van de leden wordt gesteld, kan, gelet op de daaraan gekoppelde schaalvoordelen, welvaartsvoordelen en een verruiming van het verzekeringsaanbod meebrengen. Voorzichtigheid blijft echter geboden. Ook de Europese Commissie beseft dit. Informatie-uitwisseling mag; het aannemen van een gemeenschappelijke houding ten aanzien van de onderzochte risico's niet. Gelet op de onmiskenbare voordelen van samenwerking (vooral de schaalvoordelen bij informatievergaring) gaan wij niet zover dergelijke vormen van samenwerking als ongewenst te bestempelen. Er zijn onmiskenbare voordelen van samenwerking (ook voor de verzekerden), doch anderzijds bestaat het gevaar dat samenwerking omslaat in mededingingsbeperkende afspraken met mogelijk negatieve gevolgen wat betreft het ongevallenniveau. De kartelautoriteiten zullen er, daarom zorgvuldig op blijven toezien dat het mededingingsrecht niet wordt overtreden.

De gegeven analyse maakt overigens duidelijk dat concurrentie niet als een negatief aspect voor de verzekeringssector dient te worden beschouwd, maar veeleer als een uitdaging. Wanneer een verzekeraar, bijvoorbeeld door specialisatie betere informatie krijgt over goede en slechte risico's en over effectieve preventiemaatregelen, kan hij goede risico's aantrekkelijke polisvoorwaarden (met de daaraan gekoppelde preventieve eisen) aanbieden. Informatie kan verzekeraars dus een competitief

⁴⁵⁵ Verslag, nr. 47, 23.

voordeel bieden. In het verleden waren de formulering van polisvoorwaarden en de tarificatie de klassieke concurrentiemiddelen; verwacht kan worden dat adequate risicokennis en risicobeoordelingsmethoden dat in de toekomst nog veel meer zullen worden. Wanneer Nederlandse verzekeraars de mogelijkheden van een concurrerende verzekeringsmarkt met adequate kennis van de te dekken risico's goed benutten, kunnen zij, ook in Europees perspectief, hun marktpositie uiteindelijk versterken. Dit zal ertoe bijdragen dat deze concurrentiële verzekeringsmarkt in de mate van het mogelijke een adequate dekking zal aanbieden voor medisch-wetenschappelijk onderzoek. Duidelijk moge echter zijn dat concurrentie de basisvoorwaarde is opdat verzekeringsmarkten hun belangrijke maatschappelijke functie bij de financiering van de gevolgen van medisch-wetenschappelijk onderzoek kunnen voldoen.

5.2.3.6 Samenvatting

In dit onderdeel kwam een van de centrale vragen van dit onderzoek aan bod, namelijk de vraag naar de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek. Deze vraag is in dit hoofdstuk vanuit een theoretisch perspectief onderzocht. Enerzijds zijn de theoretische voorwaarden, vanuit verzekeringseconomisch perspectief, voor verzekeraarbaarheid onderzocht; anderzijds is ook aandacht besteed aan het belang van concurrentie op verzekeringsmarkten als factor ter bevordering van de verzekeraarbaarheid. Juist die ontwikkelingen op de markt zijn leerzaam om enig inzicht te krijgen in de problemen die zich hebben voorgedaan met betrekking tot de feitelijke verzekering van medisch wetenschappelijk onderzoek.

Benadrukt moet worden dat in dit onderdeel impliciet voornamelijk aandacht is besteed aan de theoretische voorwaarden voor verzekering van aansprakelijkheid. Ten dele zijn die ook toepasselijk op schadeverzekering. Aangekend zij dat de directe verzekering onmiddellijk hierna separaat wordt behandeld..

Centraal uitgangspunt voor de verzekering blijft dat een verzekeraar moet kunnen beschikken over informatie over de schadefrequentie en mogelijke schadeomvang. Op basis van die actuariële informatie zal de verzekeraars immers een premie bepalen en ook polisvoorwaarden vaststellen. Daarin kunnen ook eisen inzake preventie zijn opgenomen. Wanneer die verzekeraar over goede informatie beschikt ten aanzien van de risico's kunnen ook verzekeringstechnische problemen zoals antiselectie en het moreel risico het hoofd worden geboden.

Intussen rijst de vraag in hoeverre die theoretische voorwaarden voor verzekeraarbaarheid (informatie over beschikbare risico's) vervuld zijn. Essentieel voor medisch-wetenschappelijk onderzoek is immers het feit dat nauwelijks of geen adequate informatie over die risico's beschikbaar is. Onzekerheid omtrent de vraag of bepaalde nieuwe ontwikkelingen ook op medisch terrein tot een uitbreiding van de schadelast voor verzekeraars zullen leiden maakt op zichzelf een risico niet onverzekerbaar, zo is eerder al uiteengezet. Om die onzekerheid te compenseren kan immers een additionele risicopremie worden verlangd. Wel kunnen bepaalde ontwikkelingen in het recht de verzekeraarbaarheid in gevaar brengen. Dit betreft vooral de afwenteling van causaliteitsonzekerheid en de zogenaamde aansprakelijkheid met terugwerkende kracht. In dit verband moet worden opgemerkt dat die twee ontwikkelingen ook door aansprakelijkheidsjuristen kritisch werden besproken als zijnde in strijd met de hoofdlijnen van het aansprakelijkheidsrecht. Na de analyse in dit

onderdeel kan eveneens worden vastgesteld dat die ontwikkelingen tevens de verzekeraarbaarheid in gevaar kunnen brengen.

Verder is aangegeven dat verzekeraarbaarheid niet alleen negatief wordt beïnvloed door bepaalde ontwikkelingen in het recht, maar dat verzekeraars zelf uiteraard ook over mogelijkheden beschikken om op adequate wijze te reageren op nieuwe gezondheidsrisico's. Kern van het beleid van de verzekeraar dient steeds een adequate risicodifferentiatie te zijn. Een effectieve risicodifferentiatie houdt in dat een verzekeraar zich specialiseert en adequate informatie inwint over de incidentie van bepaalde risico's en over de mogelijkheden om die te voorkomen. Wanneer de verzekeraar die rol vervult kan hij zelf ook een belangrijke maatschappelijke rol vervullen omdat de verzekeraar dan immers een actieve bijdrage levert aan de preventie van mogelijke schade als gevolg van medisch wetenschappelijk onderzoek. De vraag rijst uiteraard of door verzekeraars voldoende van de beschikbare mogelijkheden van risicodifferentiatie gebruik wordt gemaakt.

Naast een verbetering van de risicodifferentiatie zijn andere polistechnische reacties mogelijk wanneer een uitbreiding van de verzekeringslast ten gevolge van schade door medisch-wetenschappelijk onderzoek dreigt. Van belang daarbij is vooral de gekozen dekkingssystematiek. Juist bij medisch wetenschappelijk onderzoek bestaat immers het gevaar dat zich een lang tijdsverloop voordoet tussen het ontstaan van het risico (het onderzoek) enerzijds en het ontstaan van schade anderzijds. Het zogenaamde claims-made-dekkingssysteem lijkt het meest aangewezen om juist deze zogenaamde risico's "met een lange staart" op te vangen. De keerzijde van de medaille is dat uiteraard het risico bestaat dat na verloop van de polis (of opzegging door de verzekeraar) geen dekking meer beschikbaar is en, bij insolventie van de "dader", slachtoffers dus geen vergoeding zullen kunnen krijgen.

Uiteindelijk kan in een theoretische analyse van verzekeraarbaarheid alleen in het algemeen worden geschatst welke ontwikkelingen de verzekeraarbaarheid mogelijk in gevaar brengen en welke reacties in theorie door een verzekeraar op dergelijke ontwikkelingen zouden kunnen worden gegeven. Het zal echter duidelijk zijn dat verzekeraarbaarheid veeleer een empirisch dan een theoretisch concept is. De markt zal immers in belangrijke mate zelf bepalen of zij bepaalde risico's al dan niet wenst te verzekeren, wat daarover ook vanuit theoretisch perspectief te zeggen valt. In die zin kan een relatief eenvoudig antwoord worden gegeven op de vraag naar de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek. Deze risico's worden, zo zal in het volgende onderdeel blijken, op dit moment onder verscheidene polissen gedekt. In die zin is er de facto sprake van verzekeraarbaarheid. Het zou echter te kort door de bocht zijn om daaruit dan ook af te leiden dat er klaarblijkelijk met die verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek dan ook geen problemen zijn. Aangegeven werd immers dat de VerzekeringsAMvB slechts een geldingstermijn heeft van 3 jaren, precies omdat verzekeraars – om verschillende redenen – betogen dat medisch-wetenschappelijke onderzoek een lastig te dekken risico is.

Tenslotte hebben wij uitgebreid aandacht besteed aan het belang van concurrentie op de verzekeringsmarkt als factor ter bevordering van verzekeraarbaarheid. Op bepaalde terreinen is immers gebleken dat in het verleden afspraken tussen verzekeraars waren gemaakt om bepaalde risico's, waar in het bijzonder moet worden gedacht aan schade ten gevolge van rampen, gewoon niet te dekken. Die bindende besluiten om bepaalde

risico's systematisch van dekking uit te sluiten zijn strijdig met het mededingingsrecht en dan specifiek met de Europese Verordening nr. 3932/92. Ze zijn dan ook ingetrokken. Maar daarmee zijn niet alle gevaren van concurrentiebeperking van de baan. Zo rijst de vraag wat verzekeraars nu gaan doen, onder meer op dat terrein van de rampen, waar vroeger de bindende besluiten van toepassing waren. De bindende besluiten zijn weliswaar niet meer van kracht, maar polissen, bijvoorbeeld ter dekking van schade veroorzaakt door een watersnood, zijn de facto nog steeds niet beschikbaar. Er moet daarom nog steeds worden gewaakt voor de idee dat dergelijke risico's klaarblijkelijk onverzekerbaar zijn en dat derhalve de overheid dan maar met oplossingen vanuit de collectieve middelen dient te komen om dergelijke schades te vergoeden. Naar onze mening verdient het stimuleren van verzekeraarheid veel meer aandacht en dient, meer in het algemeen, ook steeds te worden gewaakt voor feitelijk afgestemde gedragingen van verzekeraars. Een actief concurrentiebeleid kan stimuleren dat ook voor medisch-wetenschappelijk onderzoek actieve competitieve verzekeraars bereid worden gevonden om concurrentiële polissen aan te bieden. In het onderzoek naar de verzekeringsmarkt zal uiteraard moeten worden nagegaan of er, juist voor medisch wetenschappelijk onderzoek, een voldoende concurrentiële markt bestaat.

5.2.4 First party of directe verzekering

5.2.4.1 Inleiding

In toenemende mate is er het afgelopen decennium met enige zorg gesproken over de vergoeding/financiering van schade als gevolg van gezondheidsrisico's, medische fouten e.d.. In het kader van de arbeidsgelateerde risico's, zoals de beroepsziekten, werd nagedacht over mogelijke alternatieven voor aansprakelijkheid en verzekering. De laatste jaren wordt er op verschillende terreinen meer en meer gedacht aan de invoering van de zogenaamde first-party-verzekering of directe verzekering. Verschillende modellen zijn mogelijk, maar de basisgedachte is dat deze verzekeringsvorm beter in staat zou zijn een aantal van de problemen van de aansprakelijkheidsverzekering op te lossen. Vooral in het kader van de arbeidsgelateerde gezondheidsrisico's, zoals de beroepsziekten, is de introductie van de directe verzekering gepropageerd.⁴⁵⁶ In kringen van verzekeraars wordt de introductie van directe verzekering toegejuicht.⁴⁵⁷ Toch zijn er ook critici.⁴⁵⁸ Zo wordt door sommigen betwijfeld of de directe verzekering werkelijk alle problemen van het aansprakelijkheidsrecht oplost en wordt gesteld dat aan de invoering van een systeem van directe verzekering als zodanig ook de nodige nadelen zijn verbonden.

Het lijkt in het kader van dit onderzoek naar de verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek van belang om uitgebreid stil te staan bij de mogelijke voordelen van dit type verzekering, zoals hierboven werd toegelicht, precies omdat de WMO en de daarop gebaseerde VerzekeringsAMvB beide van een systeem van directe verzekering uitgaan. Nadat eerst de theoretische voordelen van de directe

⁴⁵⁶ Zie onder anderen Kamp, P., in *Verslag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer 1997, 36-37; Bloembergen, A.R., in *Verslag vergadering over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, HNJV 1996-II, Deventer, 1997, 55 e.v.; Ruers, R.F., "Asbest en deregulering", *NJB*, 1997, 1174; Hartlief, T., *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden, Deventer, 1997, nrs. 75-76; Hartlief, T. en Faure, M., "Verzekering en financiering van beroepsziekten: enkele tips voor de SER", *NJB*, 1998, 1135-1142; Hartlief, T., "Van slachtoffers en 'daders': op weg naar een afnemende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht?", in *Het belang van de dader*, LSA 1999, Lelystad, Vermande, 1999, 1-27 en Bergkamp, L., "Aansprakelijkheid is geen schadeverzekering", *NJB*, 2000, 273-276.

⁴⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Kamp, P., supra noot 456, 36-37.

⁴⁵⁸ Zie Frank, N., supra noot 121; dezelfde, "De directe schadeverzekering als remedie voor de uitdijende aansprakelijkheidslast?", *AV&S*, 2000, 1-13; Wansink, J.H., "Onverzekerbare aansprakelijkheid: (verplichte) directe verzekeringen een aanvaardbaar alternatief?", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, 2000, 407-421; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 16 april 1999, *NJ* 1999, 666 en dezelfde, "Mijmeringen ter afsluiting van een (A&V)tijdperk", *A&V*, 2000, 126-127.

verzekering zijn gepresenteerd en de verschillen tussen directe verzekering en aansprakelijkheidsverzekering zijn duidelijk gemaakt, zal ook worden toegelicht hoe de directe verzekering zou kunnen werken voor medisch-wetenschappelijk onderzoek en welke bijzondere vragen daarbij rijzen.

In het kader van de discussie over directe verzekering speelt een tweetal elementen altijd een rol die het debat over de wenselijkheid van invoering vertroebelen en die bijzondere aandacht verdienen. Het betreft de vraag of een directe verzekering verplicht zou moeten worden en de vraag of, en zo ja in hoeverre, de directe verzekering met aansprakelijkheid zou moeten worden gecombineerd. Eerst gaan wij echter in meer algemene zin in op de vraag of een ander type verzekering bepaalde problemen van verzekeraarbaarheid kan oplossen.

5.2.4.2 First party insurance versus third party insurance: theoretische verschillen

In het kader van dit onderzoek is een van de vragen uiteraard of de uitbreidende aansprakelijkheid (ook op medisch terrein) een reden zou moeten zijn om van de aansprakelijkheidsverzekering af te stappen en dekking te verlenen via een schadeverzekering, ook wel first party insurance genoemd. Vanuit de hierboven gekozen verzekeringseconomische optiek zou een pleidooi voor een verdergaande first party insurance ondersteund kunnen vanwege het hiervoor besproken anti-selectie probleem. Zoals aangegeven wordt anti-selectie veroorzaakt door asymmetrische informatie. De verzekeraar weet niet welke risico's goed of slecht zijn, terwijl de verzekerde dit wel weet. Asymmetrische informatie kan uiteindelijk tot een algehele kwaliteitsverslechtering leiden omdat bijvoorbeeld een producent niet beloond kan worden voor zijn inspanningen om kwaliteit te verbeteren nu zulks door de consument niet wordt herkend. Dit probleem speelt in de vorm van anti-selectie ook bij verzekeringen, maar dan enigszins in omgekeerde richting. De slecht geïnformeerde in dit geval is immers de verzekeraar. Die kan *ex ante* niet precies weten welke risico's binnen een bepaalde groep nu de goede of de slechte risico's zijn. Indien een behoorlijke risicodifferentiatie als gevolg onmogelijk is, zal een verzekeraar zijn risico-groepen te groot maken waardoor de gemiddelde premie binnen de groep relatief hoog wordt voor de goede risico's. Dit zal meebrengen dat de vraag naar verzekering voor die goede risico's verdwijnt en zij zich bijgevolg uit de risicogroep zullen terugtrekken. Het gevolg daarvan is uiteraard dat de verzekeraar weer met slechtere risico's in zijn groep blijft zitten, dat de premie daarop dus verder zal stijgen en weer te duur wordt voor de nog overblijvende (relatief) goede risico's. Indien een verzekeraar derhalve niet in staat is goede van slechte risico's te onderscheiden, zal dit asymmetrische informatieprobleem tot gevolg hebben dat een neerwaartse spiraal ontstaat. Dit is precies het anti-selectieprobleem dat in het ergste geval zelf als consequentie zou kunnen hebben dat verzekeringsdekking op een bepaalde markt in het geheel niet meer zou worden aangeboden.

Nu speelt het onderscheid tussen first party en third party insurance een belangrijke rol als het erop aankomt het anti-selectieprobleem te vermijden. De enige remedie tegen anti-selectie is immers het informatieprobleem bestrijden opdat een enge definitie van risicogroepen wederom te realiseren is. Welnu, bij een first party insurance verzekert een verzekeraar het risico dat zijn eigen verzekerde loopt. Wat het voorbeeld van de beroepsziekten betreft, kan men denken aan een werknemer die zelf het risico verzekert dat hij door een bepaalde ziekte getroffen zal worden (de meeste

ziektekostenverzekeringen zijn inderdaad voorbeelden van een dergelijke first party insurance). Dit heeft het grote voordeel dat in de polis vrij gemakkelijk een risicodifferentiatie kan worden toegepast naargelang de karakteristieken van de verzekerden (leeftijd, gezondheid, veiligheidsmechanismen). Een premiedifferentiatie is dan ook mogelijk naargelang van het gewenste niveau van verzekeringsdekking. Het slachtoffer zelf heeft immers als eerste informatie over zijn individuele kenmerken die het risico beïnvloeden. Dit laat een aanpassing van de premie aan de individuele toestand van het slachtoffer en derhalve een vermijding van anti-selectie toe. Bij een third party insurance, aansprakelijkheidsverzekering, verzekert men in beginsel juist het risico dat de verzekerde aansprakelijk zal worden gesteld en aan een derde schadevergoeding zal dienen te betalen. Of deze derde, aan wie bijvoorbeeld loonverlies vergoed zal moeten worden, rijk of arm is en dus of deze een goed of een slecht risico vormt, is *ex ante* voor de verzekeraar moeilijker voorspelbaar. Bij een derde partij verzekering is het risico dat de risicogroepen te groot worden en dat een anti-selectieprobleem ontstaat dat niet oplosbaar is dus behoorlijk groot.

Deze beschouwingen vormen de achtergrond waartegen het denken over een ander type verzekering moet worden beoordeeld. Men dient echter wel in het oog te houden dat de directe verzekering die hierna centraal staat geen zuivere first-party-verzekering is. Wij komen hierop nog terug.

5.2.4.3 Enkele hoofdlijnen van de directe verzekering, toegepast op medisch-wetenschappelijk onderzoek

De directe verzekering bestaat vandaag, behalve voor medisch-wetenschappelijk onderzoek, ook in het kader van de beroepsziekten. Het is interessant om de argumenten die in beroepsziekten pro en contra directe verzekering naar voren worden geschoven nader te beschouwen, omdat dit debat ook in het algemeen belangrijke informatie geeft over de voordelen van directe verzekering. Het enthousiasme voor directe verzekering heeft alles te maken met de specifieke problemen op het terrein van de beroepsziekte. Behalve werkgevers en hun verzekeraars klagen ook slachtoffers over het huidige systeem.⁴⁵⁹ Hun problemen zijn problemen van aansprakelijkheidsrecht: lange duur van procedures, teveel onzekerheid over de uitkomst van een aansprakelijkheidsproces, veel geld gaat naar de proceskosten, insolventierisico's, slechte calculeerbaarheid.

Het instrument dat in dit kader steeds vaker naar voren wordt geschoven, is de directe verzekering. In een dergelijk systeem wordt niet het aansprakelijkheidsrisico, maar het risico van schade verzekerd. Bij aansprakelijkheidsverzekering verzekert de verzekeraar het risico dat zijn verzekerde (de 'dader') aan een (derde)slachtoffer vergoeding zal moeten betalen op basis van aansprakelijkheid. Bij first party insurance wordt die omweg niet gemaakt en verzekert het slachtoffer zichzelf. Bij een zuivere first-party-verzekering verzekert een werknemer zich rechtstreeks en komt de werkgever niet tussen. Bij een directe verzekering neemt de potentiële dader een verzekering ten behoeve van "zijn" slachtoffers die rechtstreeks op de polis kunnen claimen. De potentiële dader, bijvoorbeeld de verrichter van een medisch-wetenschappelijk onderzoek, is de *verzekeringnemer* die ook de premie betaalt; van een first party-oplossing is derhalve geen sprake, zijn proefpersonen zijn de *verzekerden*. Gedekt is niet aansprakelijkheid doch het risico van schade: de directe verzekering is geen aansprakelijkheidsverzekering, maar een schadeverzekering.

⁴⁵⁹ Zie daarover het bekende rapport van De Ruiter over de positie van asbestslachtoffers.

Met deze karaktertrekken hangt ook een aantal gestelde voordelen voor de potentiële daders, het potentiële slachtoffer en/of verzekeraar samen.

Omdat de directe verzekering geen aansprakelijkheidsverzekering is, ontloopt men een aantal typische problemen van het aansprakelijkheidsrecht en daarmee van aansprakelijkheidsverzekering.⁴⁶⁰ Bepaalde daarmee samenhangende problemen (is er wel aansprakelijkheid?, welke normen worden toegepast?, is er schuld?, kan aansprakelijkheid worden bewezen?, is er causaal verband tussen schending zorgplicht en schade?) kunnen aldus worden vermeden. Hier zit ook precies het voordeel voor de proefpersoon; hij kan in beginsel volstaan met aan te tonen dat de schade is ontstaan door de participatie in het medisch-wetenschappelijk onderzoek althans dat hij een schade lijdt die gedekt wordt op de directe verzekeringspolis.⁴⁶¹

Dit alles zou positieve effecten hebben op de snelheid waarmee een claim (een dossier) kan worden afgehandeld en zou derhalve ook positieve effecten hebben op de transactiekosten. Ook voor de verzekeraar zijn er voordelen: hij zou zich voor de calculatie van het risico enkel bezig hoeven te houden met de vraag hoe waarschijnlijk het is dat bij een bepaalde verrichter bepaalde proefpersonen slachtoffer zullen worden, terwijl de veel moeilijker te beantwoorden vraag of de verrichter daar vervolgens dan ook aansprakelijk voor zal zijn geen rol meer speelt.

Afhankelijk van de inrichting van de directe verzekering is een zekere relativisering op haar plaats: zo is zeer goed denkbaar dat ook in een systeem van directe verzekering de 'link' met het onderzoek moet worden gelegd, voordat dekking wordt verleend. In dat geval kan men op bepaalde causaliteits- en afgrenzingsproblemen stuiten. In uitgangspunt zal in een stelsel van directe verzekering "de ziekte als zodanig" niet gedekt zijn, terwijl juist daarover onzekerheid kan bestaan (is wel sprake van een schade in de zin van de directe verzekering?). Het is intussen niet uitgesloten dat dergelijke problemen worden opgelost door aanpassing van de dekkingsomschrijving of regulering van de causaliteitsproblematiek: het is afhankelijk van de inrichting van de directe verzekering of het noodzakelijk is dat de proefpersoon aantoont dat hij lijdt aan een ziekte die hij door het verrichte onderzoek heeft opgelopen. Hierbij zijn meerdere varianten denkbaar.

Ook het voordeel van de snelle afhandeling dient te worden genuanceerd: in gevallen immers waarin duidelijkheid omtrent slachtoffers' eindtoestand uitblijft, zal ook in een systeem van directe verzekering moeilijk een snelle afhandeling worden gerealiseerd. Opnieuw is hier echter van belang hoe de regeling is ingericht: wanneer de directe verzekering bijvoorbeeld zou voorzien in de mogelijkheid van een periodieke uitkering ter zake van inkomensschade in geval van arbeidsongeschiktheid is het veel minder vervelend dat er nog geen eindtoestand is, dan in een systeem waarin alleen maar in de mogelijkheid van een lump sum-vergoedingsmogelijkheid is voorzien.

Aan de directe verzekering wordt, afgezien van de reeds genoemde, nog een aantal voordelen toegeschreven die aan first party-oplossingen (boven aansprakelijkheidsverzekering) zouden zijn verbonden. Het gaat hierbij om het

⁴⁶⁰ Dit verschil wordt niet op juiste waarde geschat door Dommering-van Rongen, L., "Boekbespreking", *NTBR*, 1998, 153.

⁴⁶¹ Hier zijn allerlei modaliteiten mogelijk die kunnen inhouden dat een zekere inloop wordt gedekt (de ziekte kan immers ook al eerder zijn ontstaan, hetgeen bij proefpersonen voor de hand ligt) en dat een zeker risico social onder de dekking valt (denk aan de mogelijkheid dat longkanker (mede) door roken is ontstaan). Uiteraard dient dit juist door het stellen van nadere causaliteitsvragen te worden beperkt of voorkomen.

beweerde voordeel dat beter dan bij aansprakelijkheidsverzekering tot risicoselectie en risicodifferentiatie kan worden overgegaan.⁴⁶² In het algemeen is het de vraag of deze voordelen zich wel echt bij directe verzekering zullen voordoen, nu – als gesteld – de directe verzekering geen first-party-verzekering is.⁴⁶³ Voor het terrein van het medisch-wetenschappelijk onderzoek is dit punt eigenlijk niet relevant: het maakt niet uit of dekking wordt verleend op basis van een aansprakelijkheidsverzekering danwel een first-party-verzekering of directe verzekering. Terwijl in het algemeen risicodifferentiatie bij aansprakelijkheidsverzekering lastiger is dan bij first party-insurance, in het algemeen is immers geen gedetailleerde informatie beschikbaar over de slachtoffers die een potentiële dader mogelijkerwijze zou kunnen maken, ligt dat bij medisch-wetenschappelijk onderzoek namelijk anders. Daar kan de verzekeraar de potentiële slachtoffers immers wel degelijk identificeren: het gaat om de proefpersonen van wie de verzekeraar in beginsel ook alles weet, respectievelijk te weten kan komen. Via medisch onderzoek kan de verzekeraar – althans in beginsel – achterhalen welke proefpersonen bijvoorbeeld een verhoogde kans lopen op een schade; ook de hoogte van een eventueel inkomensverlies dat bij arbeidsongeschiktheid zou moeten worden vergoed, is *ex ante* te bepalen. Dit betekent dat de nadelen van een aansprakelijkheidsverzekering (moeilijke risicodifferentiatie) juist bij verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek in belangrijke mate kunnen worden beperkt door een behoorlijke risicodifferentiatie bij de van tevoren bekende verrichter en de identificatie van de van tevoren bekende slachtoffergroep. Uiteindelijk houdt dit in dat het argument dat directe verzekering in het algemeen betere selectie- en differentiërmogelijkheden biedt dan aansprakelijkheidsverzekering in het specifieke geval van medisch-wetenschappelijk onderzoek niet zo sterk is.⁴⁶⁴ Wij komen daarop nog terug.

In ieder geval blijft het voordeel van een directe verzekering voor verzekeraars dat zij beter beheersbaar is dan een aansprakelijkheidsverzekering: relatief eenvoudig is het verzekerd risico te omschrijven althans af te bakenen. Bovendien is de verzekeraar verlost van alle onzekerheden die met de vaststelling van de aansprakelijkheidsvraag verbonden zijn. Ook de uitkering (omvang, welke posten etc.) zou gemakkelijker dan in een systeem van aansprakelijkheidsverzekering kunnen worden beheerst. Beide aspecten zouden positieve effecten hebben op het vlak van de voorspelbaarheid en de calculeerbaarheid van het risico en daarmee ook op de premievaststelling. De verzekeraar hoeft immers niet langer in te schatten hoe groot de kans is dat een rechter (volgens vele verzekeraars een belangrijke onzekere factor) zijn verzekerde aansprakelijk zal houden voor de gevolgen van een medisch-wetenschappelijk onderzoek, maar kan volstaan met te bepalen wat de kans is dat bij een bekende populatie proefpersonen bij een bepaalde verrichter bepaalde ziekten zullen ontstaan. Dat lijkt verzekeringstechnisch eenvoudiger, zodat daarin de grote verleiding schuilt van directe verzekering voor de verzekeraar. Wel zal mogelijk, het zij herhaald, een zekere causaliteitsvraag moeten worden beantwoord: dat een zekere afgrenzing van gezondheidsschade geen verband houdt met het onderzoek.. Hoe zij er echter uit ziet is een kwestie van uitwerking en inrichting. Afhankelijk hiervan is het antwoord op de vraag of de directe verzekering werkelijk een oplossing biedt voor de problemen van het aansprakelijkheidsrecht: kiest men immers in een systeem van directe verzekering

⁴⁶² Daarover Priest, G., supra noot 397, 1521-1590 en Bergkamp, L., supra noot 456, 273-276.

⁴⁶³ Dat geldt ook voor het beweerde voordeel dat bij first-party-verzekering sprake is van een harmoniemodel. Het slachtoffer spreekt dan immers niet langer de dader aan in aansprakelijkheid (conflictmodel), maar zijn eigen verzekeraar. Bij directe verzekering spreekt het slachtoffer niet zijn eigen verzekeraar aan, maar die van de verrichter. Overigens is algemeen bekend en behoeft derhalve geen nadere uitwerking dat men ook met zijn eigen verzekeraar zeer wel problemen kan hebben.

⁴⁶⁴ Faure, M. en Hartlief, T. (red.), supra noot 405, 302-305.

voor dezelfde causaliteitsmaatstaven als in het aansprakelijkheidsrecht dan staan eventuele problemen van causaliteitsonzekerheid voor proefpersonen ook aan uitkering op basis van de directe verzekering in de weg.

De discussie over de wenselijkheid van invoering van een directe verzekering wordt vertroebeld door de onduidelijkheid omtrent de vraag wat de verhouding is van een dergelijk systeem tot het aansprakelijkheidsrecht en omtrent de vraag of wetgevend ingrijpen noodzakelijk is. Die onduidelijkheid kan overigens zowel op het conto van de voor- als van de tegenstanders van directe verzekering worden geschreven: beide groepen wekken de indruk dat invoering van directe verzekering noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een wettelijke verzekeringsplicht en immuniteit van de werkgever voor aansprakelijkheid.

Het lijkt van belang om nu eerst uitgebreider stil te staan bij de vraag of bij een systeem van directe verzekering ook een verzekeringsplicht zou moeten worden ingevoerd. Tegelijk kan dan ook de vraag worden bekeken of dit dient te worden gekoppeld aan een immuniteit van aansprakelijkheid. Die vragen zijn uiteraard in het kader van de WMO verzekering ook van groot belang. Immers: de wetgever heeft een verzekeringsplicht opgelegd en de vraag rijst in welke mate zulks verantwoord is. Verder heeft de wetgever niet voor immuniteit van aansprakelijkheid gekozen en ook desbetreffend rijst de vraag of zulks tot problemen aanleiding zou kunnen geven voor de verzekeraar of de verrichter van het onderzoek. Deze vragen zijn uitgebreid bestudeerd in de literatuur in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten. Daar bestaat vandaag immers nog steeds een aansprakelijkheidsverzekering voor de aansprakelijkheid van de werkgever. Echter, er wordt sterk gedebatteerd over de invoering van een directe verzekering van de werkgever ten voordele van zijn werknemers. In dat kader wordt in die literatuur ook ingegaan op de vraag naar de verzekeringsplicht en de eventuele immuniteit van aansprakelijkheid. Derhalve lijkt het van belang in het onderstaande even stil te staan bij dit actuele debat over de invoering van een directe verzekering voor beroepsziekten ter vervanging van de werkgeversaansprakelijkheid. De resultaten van die discussie zijn immers ook van groot belang voor een beter begrip van de directe verzekering in het kader van de WMO.

5.2.4.4 Verplichte verzekering en immuniteit voor aansprakelijkheid?

Veelal wordt ervan uitgegaan dat een systeem van directe verzekering niet wordt geïntroduceerd door de branche zelf, maar door de wetgever die het dan ook verplicht oplegt. Dit heeft grote gevolgen voor de waardering van de directe verzekering als zodanig. Veel van de kritiek op de directe verzekering als oplossing voor de hiervoor gestelde problemen heeft namelijk betrekking op de vraag of de wetgever wel moet ingrijpen terwijl de branche (lees: verzekeraars) wellicht zelf in staat is (zijn) oplossingen te bedenken evenals op de vraag of de wetgever er wel verstandig aan doet een verplichte verzekering te introduceren gegeven de aan verplichte verzekering verbonden nadelen zoals de inbreuk die dan wordt gemaakt op de vrijheid zich al dan niet te verzekeren, de verzwaring van de collectieve lastendruk die het gevolg is, de controle op en handhaving van de verzekeringsplicht die noodzakelijk zou zijn en de noodvoorziening (fonds) die geïntroduceerd zou moeten worden om vergoeding te waarborgen in geval dat de werkgever onverzekerd is.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Illustratief zijn de kritische bijdragen van Frenk, N., supra noot 121, 1547 e.v. en dezelfde, supra noot 458, AV&S, 2000, 7-8.

Immunititeit voor aansprakelijkheid?

Verder wordt, en daarvoor is wetgevend ingrijpen inderdaad nodig, er veelal ook van uitgegaan dat een systeem van directe verzekering in de plaats komt van het aansprakelijkheidsrecht in die zin dat de verrichter immuun zou zijn voor aansprakelijkheid: directe verzekering 'in ruil' voor aansprakelijkheid. Ook vooral daarop richten de critici hun pijlen.⁴⁶⁶ Immunititeit zou:

- principieel onjuist zijn, althans indien en voor zover ook schuldaansprakelijkheid zou zijn uitgesloten; dat botst immers met het rechtvaardigheidsgevoel;
- bovendien leiden tot ongewenste effecten in de sfeer van preventie: werkgevers zouden niet de juiste prikkels krijgen; en
- dwingen tot vergaand wetgevend ingrijpen, nu niet alleen de immunititeit moet worden ingevoerd en het aansprakelijkheidsrecht daarmee gedeeltelijk moet worden afgeschaft, maar ook voorzieningen moeten worden getroffen die waarborgen dat vergoeding aan gelaedeerden daadwerkelijk plaatsvindt: denk aan de invoering van een eigen recht en van een waarborgfonds zoals bekend is van de WAM.

Noodzakelijk in de zin van inherent aan het systeem van de directe verzekering zijn deze twee elementen echter niet: de directe verzekering hoeft niet per se door de wetgever te worden ingevoerd en immunititeit van de verrichter is ook niet per definitie nodig.

Ten onzent zijn er ook voorbeelden van verzekeringen waaruit dat blijkt. Zo verlenen verzekeraars op het terrein van de milieuschade geen dekking op basis van aansprakelijkheid, doch louter op basis van schadeverzekering (de MSV). De wetgever heeft zich hiermee niet bemoeid. Het aansprakelijkheidsrecht is daarmee ook ongemoeid gebleven: gelaedeerden kunnen de laedens (veroorzaker van de milieuschade) nog steeds op basis van het commune aansprakelijkheidsrecht aanspreken. Bij het hier centraal staande medisch-wetenschappelijk onderzoek is dat ook zo, doch daar heeft de wetgever – zo bleek hierboven – de bevoegdheid om (bepaald) medisch-wetenschappelijk onderzoek te verrichten wel degelijk gekoppeld aan de verplichting een schadeverzekering ten behoeve van gelaedeerden af te sluiten (WMO). Hier heeft de wetgever zich, vanuit het vergoedingsperspectief, bovendien bemoeid met de (inhoud van de) dekking van deze verzekering:⁴⁶⁷ de verzekering vergoedt de schade conform de regels van het civiele schadevergoedingsrecht. De vraag die men dus kan stellen, is of daarmee de voordelen voor de verzekeraar (uitsluiting van de onzekerheden uit het aansprakelijkheidsrecht) niet grotendeels als sneeuw voor de zon verdwijnen.

Voor een zuivere vergelijking van de aansprakelijkheidsverzekering met de directe verzekering dient men zich derhalve te realiseren dat wetgevend ingrijpen en immunititeit van aansprakelijkheid weliswaar mogelijk zijn in een systeem van directe verzekering doch niet noodzakelijk.

De verwarring hieromtrent is overigens wel te verklaren. Het is inderdaad zo dat in het kader van de vraag of directe verzekering echt een wenkend alternatief is wetgevend ingrijpen ernstig wordt overwogen.

⁴⁶⁶ Zie onder anderen Frenk, N., supra noot 458, 9-10 en Wansink, J.H., supra noot 458, 416 e.v.

⁴⁶⁷ Zie uitgebreid Franken, A.Ch.H., supra noot 130, 1-8 en dezelfde, "Schadeverzekering en schadevergoeding", in Hartlief, T. en Mendel, M.M. (red.), *Verzekering en maatschappij*, Deventer, 2000, 147-162.

De reden ligt voor de hand: verzekeraars zijn immers in toenemende mate bezorgd over de uitbreidende aansprakelijkheidslast en de gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheidsverzekering. Een directe verzekering lijkt aantrekkelijk maar, in de visie van verzekeraars, natuurlijk alleen wanneer zij gekoppeld wordt aan een afschaffing (of vergaande beperkingen) van de thans bestaande aansprakelijkheid op specifieke terreinen. Anders zou de verzekeraar immers enerzijds de directe verzekering voor bepaalde risico's aanbieden, maar anderzijds nog steeds het risico lopen dat zijn verzekerde daarnaast ook met aansprakelijkheidsclaims te maken krijgt (bijvoorbeeld voor het geval dat de directe verzekering niet alle schade zou dekken⁴⁶⁸). In die visie zou directe verzekering weinig toevoegen wanneer zij nog steeds moet worden gecumuleerd met een aansprakelijkheidsverzekering: de problemen van aansprakelijkheid en verzekering is men dan immers nog niet kwijt. Bovendien is een dergelijk stelsel ook voor potentiële veroorzakers weinig aantrekkelijk: waarom zouden zij zowel een aansprakelijkheidsverzekering als een directe verzekering nemen of laten cumuleren?

Verder is het begrijpelijk dat wetgevend ingrijpen in ieder geval noodzakelijk wordt geacht wanneer (een zekere) immuniteit voor aansprakelijkheid wordt gecreëerd.

Dat immuniteit in dit verband wordt overwogen heeft diverse redenen. Zo heeft het ongemoeid laten van de aansprakelijkheidsrechtelijke regeling diverse nadelen (kosten, dubbele verzekering, gebrek aan noodzaak op het punt van prikkelwerking etc.). Voor potentiële veroorzakers zal zwaar wegen dat zij met een directe verzekering in eerste instantie een ruimhartiger regeling aanvaarden dan volgens het aansprakelijkheidsrecht – directe verzekering (schade is voldoende voor een uitkering) is immers laagdrempeliger dan het aansprakelijkheidsrecht (zonder tekortkoming geen aansprakelijkheid) –, waar dan wat 'tegenover zal moeten staan': in ieder geval zal voor hen de combinatie van een laagdrempelige directe verzekering met daarnaast (of daarbovenop) ook nog een laagdrempelig aansprakelijkheidsrecht weinig aantrekkelijk zijn.

Hoe begrijpelijk het ook is dat in de discussie aandacht wordt besteed aan de vraag of wetgevend ingrijpen en immuniteit noodzakelijk zijn, het is – nogmaals – voor een zuivere vergelijking van de aansprakelijkheidsverzekering met de directe verzekering nodig dat men zich realiseert dat wetgevend ingrijpen en immuniteit van aansprakelijkheid geen wezenskenmerken van directe verzekering zijn.

Hiervoor is reeds ingegaan op een aantal voordelen van directe verzekering boven aansprakelijkheidsverzekering. Het belang van enkele van deze voordelen is daarbij reeds gerelativeerd. In verschillende recente beschouwingen gaat een aantal gezaghebbende auteurs veel verder dan dat: zij hebben de figuur van de directe verzekering onder vuur genomen.⁴⁶⁹ Hun kritiekpunten kunnen als volgt worden ingedeeld:

4. de directe verzekering kan niet (alle) problemen van aansprakelijkheid en verzekering oplossen;

⁴⁶⁸ Hierbij denken wij niet aan de opzetgevallen doch bijvoorbeeld aan de situatie dat niet alle schade op de directe verzekering wordt vergoed (beperkte verzekerde som).

⁴⁶⁹ Zie Frenk, N., supra noot 121, 1547-1554; dezelfde, supra noot 458, 6 e.v.; Wansink, J.H., supra noot 458, 416 e.v.; A-G Spier, supra noot 458, 666 en dezelfde, supra noot 458, 126-127.

5. (verschillende) problemen van aansprakelijkheid en verzekering kunnen ook binnen dat systeem worden opgelost door verzekeraars zelf;
6. introductie van directe verzekering vereist vergaand wetgevend ingrijpen;
7. directe verzekering gaat gepaard met ongewenste immuniteit van aansprakelijkheid.

Het lijkt in het kader van dit onderzoek niet zinvol deze kritiek nader te beschouwen. Daarvoor wordt naar andere literatuur verwezen. Voor het huidige onderzoek is slechts van belang te onderstrepen dat hoewel de directe verzekering, die ook in de WMO werd geboren, volgens sommigen de wind in de rug heeft, anderen juist veel kritischer zijn, vooral wanneer directe verzekering zou worden gecombineerd met een immuniteit van aansprakelijkheid. Daartoe wordt steeds kort weergegeven wat de kritiek inhoudt en wordt zij vervolgens op haar merites beoordeeld.

5.2.4.5 Verschillende modellen zijn mogelijk

In de literatuur is de directe verzekering naar voren geschoven als een van de remedies tegen de uitbreidende aansprakelijkheidslast voor potentiële schadeveroorzakers. Op dit gedeelte is echter recentelijk veel kritiek geuit. Dit is opvallend aangezien de bezwaren tegen die directe verzekering zich vooral richten tegen de immuniteit van de potentiële dader en het verplicht karakter van de directe verzekering. Wij hebben erop gewezen dat deze twee elementen (immuniteit van aansprakelijkheid en het verplicht karakter van de verzekering) de discussie vertroebelen. Dat heeft als nadeel dat velen zich door die twee elementen thans resoluut tegen de directe verzekering verzetten, zodat de kans bestaat dat zij het kind met het badwater weggooien. Wij hebben gepoogd duidelijk te maken dat directe verzekering zowel theoretisch als praktisch een aantal belangrijke voordelen biedt. Verzekeringstechnisch blijft het voordeel dat directe verzekering betrekking heeft op de verzekering van schade en niet van aansprakelijkheid, waardoor het risico beter beheersbaar en calculeerbaar zou zijn. De verzekeringstechnische voordelen van directe verzekering worden ook op praktisch vlak bewezen. Risico's die via aansprakelijkheidsverzekering onverzekerbaar, althans moeilijk verzekerbaar werden geacht (denk aan het milieurisico), worden wel gedekt via directe verzekering.

De vraag blijft uiteraard of aan deze beschouwingen ook beleidsconsequenties dienen te worden verbonden. In dit kader zijn verschillende modellen denkbaar:

Vrijwillige invoering zonder regulering

Een eerste model zou inhouden dat verzekeraars, vanwege de verzekeringstechnische voordelen van directe verzekering, vrijwillig directe verzekering voor beroepsziekten invoeren, zonder enige tussenkomst van de overheid en met volledig behoud van het aansprakelijkheidsrecht. Dit zou een gemengd model opleveren waarin directe verzekering wordt gehanteerd in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht. Dit model kent in de praktijk reeds een voorbeeld in de milieuschadeverzekering: zij dekt milieuschade op first party-basis, terwijl slachtoffers nog steeds een beroep op het aansprakelijkheidsrecht kunnen doen. Een dergelijk model zou bij andere risico's ook denkbaar zijn. Nadeel voor de verzekeraar (en de verzekerde) is uiteraard dat de directe verzekering inderdaad tot een aanmerkelijke uitbreiding van de financiële last voor de verzekeraar (en dus direct voor de verzekerde) zal leiden, terwijl er voor hen geen "compensatie" wordt geboden in de vorm van een beperking van aansprakelijkheid.

Verplichte verzekering en regulering van de dekking

In het tweede model zou de overheid een bepaalde categorie potentiële daders verplichten een algemene verzekering af te sluiten voor bepaalde specifieke risico's. De overheid bepaalt dan uiteraard de voorwaarden voor de verzekering, zodat een klassieke verplichte verzekering wordt ingevoerd, terwijl anderzijds het aansprakelijkheidsrecht wel behouden blijft.

Ook dit model kent een voorbeeld in de praktijk, namelijk juist in het kader van de hier centraal staande verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. In dit model heeft de wetgever een verplichting ingevoerd om een verzekering af te sluiten die de schade die een proefpersoon zou lijden tengevolge van het onderzoek dekt, maar heeft hij het aansprakelijkheidsrecht ongemoeid gelaten.

Aan dit model kleven uiteraard de klassieke nadelen van de verplichte verzekering. Verder kan men zich indenken dat verzekeraars weinig gelukkig zijn met dit model waarbij wel een verzekeringsplicht is opgelegd, het aansprakelijkheidsrecht niet is uitgesloten of beperkt en de wetgever zich bovendien intensief heeft bemoeid met de dekking. Of dergelijk model een haalbare kaart is, mag worden betwijfeld. Dit zal afhankelijk zijn van de aard van het risico en de structuur van de markt.

Verplichte verzekering; aansprakelijkheid afgeschaft, tenzij ...

Het is uiteindelijk een derde model dat wellicht de meeste kans maakt. In dit model zou een zekere immuniteit van aansprakelijkheid aan de potentiële dader worden geboden en tegelijkertijd (omdat anders verhaalsmogelijkheden voor gelaedeerden wegvallen) een plicht worden ingevoerd tot het afsluiten van een directe verzekering.⁴⁷⁰ Dit model was in Nederland – wat de beroepsziekten en arbeidsongevallen betreft – bekend onder de Ongevallenwet van 1901 en komt sterk overeen met de Belgische arbeidsongevallenwet van 1971.

5.2.5 Enkele vragen

In dit hoofdstuk werd vanuit een verzekeringseconomisch perspectief naar verzekering en verzekerbaarheid van gezondheidsrisico's gekeken waarbij bewust afstand werd genomen van de specifieke regeling in de WMO en de VerzekeringsAMvB, doch veeleer op abstract niveau de vraag werd gesteld welke voorwaarden nu vervuld zouden moeten zijn om verzekering met medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen mogelijk te maken. Het gaat hier bijgevolg om de vraag in hoeverre verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek verenigbaar is met essentiële verzekeringseconomische beginselen. Het is precies dat concept dat men vaak aanduidt als verzekerbaarheid. Het is echter belangrijk om aan te stippen dat verzekerbaarheid uiteraard niet hetzelfde is als het feit of een bepaald risico al dan niet verzekerd is in de praktijk. Het is immers best denkbaar dat bepaalde risico's vandaag als moeilijk verzekerbaar vanuit de verzekeringseconomische beginselen worden beschouwd (en in die zin onverzekerbaar) terwijl er de facto toch dekking bestaat. Dit toont ook aan dat verzekerbaarheid geen zwart/wit-concept is, doch dat het hier veeleer gaat om een glijdende schaal waarbij kan worden geïndiceerd welke factoren een risico moeilijker verzekerbaar maken en welke factoren de verzekerbaarheid juist bevorderen.

⁴⁷⁰ Inderdaad moet dan, zoals de critici ook aangeven, worden voorzien in een oplossing voor het geval de verzekeringsplicht niet is nageleefd. Waarschijnlijk zal dat een waarborgfonds moeten zijn. Een even eenvoudig te realiseren oplossing als bij het gemotoriseerd verkeer is dit intussen niet. Het is hiervoor al opgemerkt. Zie in dit verband Wansink, J.H., *supra* noot 458, 418.

Hierboven werd als tussenconclusie reeds een samenvatting gegeven waarbij enkele belangrijke elementen van het verzekeraarheidsconcept werden onderstreept. Bedoeling is uiteraard om die in het vervolg van dit hoofdstuk te toetsen aan de hand van de wettelijke regeling van de verzekeringsplicht voor medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Bedoeling is ook om aan de hand van dit theoretisch onderzoek een agenda te maken voor punten die zeker onderzocht dienen te worden in het kader van het empirisch onderzoek naar de verzekeringsmarkt.

Kern van het verzekeringsconcept is, dat werd herhaaldelijk benadrukt, dat de verzekeraar in staat moet zijn een redelijke risico-inschatting te maken. Dat betekent dat enerzijds informatie beschikbaar dient te zijn over de probabiliteit van een schadegeval en anderzijds over de mogelijke schadeomvang. De vraag rijst dus in hoeverre de proefpersonenverzekering zodanig is gestructureerd dat die risico-inschatting door de verzekeraar ook kan worden bevorderd. Daarbij rijst ook de vraag welke maatregelen de verzekeraar zelf neemt om die risico's adequaat in te schatten en te controleren. Aangegeven werd immers dat het element risicodifferentiatie juist de kern is van het verzekeringsbegrip. Alleen wanneer een verzekeraar adequaat in staat is om goede van slechte risico's te scheiden kunnen de gevaren van anti-selectie en het hierboven besproken moreel risico op adequate wijze worden beheerst. Grondgedachte blijft immers dat ondanks het bestaan van verzekering de prikkels tot zorg niet mogen worden aangetast. Onderzocht zal derhalve worden in hoeverre de structuur van de WMO-verzekering aanleiding geeft tot behoorlijke prikkels tot preventie bij de uitvoering van het medisch-wetenschappelijk onderzoek.

Verder werd aangegeven dat mogelijk hoge schadebedragen ook de verzekeraarheid in gevaar kunnen brengen. Vraag rijst derhalve in hoeverre de WMO zo gestructureerd is dat de mogelijke schadebedragen *ex ante* voldoende bekend zijn voor de verzekeraar. In dat kader dient de aandacht ook uit te gaan naar zogenaamde serieschade.

De vraag rijst derhalve in het algemeen in hoeverre enerzijds de wetgever en anderzijds verzekeraars zelve hun WMO-verzekering zodanig hebben gestructureerd dat de voorwaarden voor verzekeraarheid op optimale wijze worden vervuld.

Juist daarom werd aandacht besteed aan bepaalde verzekeringstechnische eisen die verzekeraarheid kunnen bevorderen. Een belangrijk element dat reeds werd genoemd is risicodifferentiatie; een ander is het kiezen van een aangepaste dekkingssystematiek. Vermeden dient immers te worden dat via een zogenaamde inloop ook "oude" risico's uit het verleden onder de verzekering worden gebracht. Retroactieve aansprakelijkheid dient derhalve door de wetgever te worden uitgesloten en de verzekeraar kan zich daartegen redelijkerwijze beschermen door de invoering van een zogenaamd claims-made-dekkingssysteem.

Verder is het van groot belang dat de verzekering zodanig is gestructureerd dat de verzekeraar uitsluitend gehouden kan worden dekking te verlenen voor die risico's die daadwerkelijk door zijn eigen verzekerde werden veroorzaakt. Het kernbegrip daarbij is uiteraard causaliteit. Juist in het kader van medisch-wetenschappelijk onderzoek dienen natuurlijk zodanige causaliteitseisen te worden gesteld dat de verzekeraar niet geconfronteerd wordt met het vergoeden van een schade die in het geheel niet gerelateerd is aan het medisch-wetenschappelijk onderzoek. Dat zou immers

neerkomen op het afwentelen van de causaliteitsonzekerheid op de verzekeraar, hetgeen in ernstige mate de verzekeraarbaarheid bedreigt.

Verder werd aangegeven dat een kernelement voor het bevorderen van de verzekeraarbaarheid uiteraard de concurrentie op verzekeringsmarkten is. Het moge wellicht verbazing hebben gewekt dat in het kader van een onderzoek naar medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen ook uitgebreid aandacht werd besteed aan de verzekering van rampen zoals aardbevingen en watersnood. Echter, hetgeen betreffend die risico's op de Nederlandse verzekeringsmarkt is gebeurd houdt een belangrijke waarschuwing in, ook voor de beoordeling van de verzekeraarbaarheid van medisch-wetenschappelijk onderzoek. Immers, gebleken is dat die risico's als onverzekerbaar werden geacht louter en alleen omdat het Verbond van Verzekeraars via zogenaamde bindende besluiten in de jaren '50 besluit om die risico's niet langer te dekken. Wanneer verzekeraars collectief beslissen bepaalde risico's niet te dekken vindt vanzelfsprekend een verschralling van het verzekeringsaanbod plaats. Dat risico van kartelafspraken betrekkelijk de omvang van de dekking is uiteraard groter naarmate de markt kleiner is. Juist gelet op de moeilijkheden die zich hebben voorgedaan bij de totstandkoming van de WMO-verzekering is het dus van belang om ook te onderzoeken of de verzekeringsmarkt wel voldoende concurrentieel is. Anders bestaat immers het risico dat door de verzekeraars geen betrouwbare informatie aan de overheid wordt gegeven over verzekering van bepaalde risico's.

Een te beperkte markt (hetgeen niet noodzakelijk samenvalt met gebrek aan concurrentie!) of mededingingsbeperkende afspraken hebben, zo werd hierboven beschreven, allerhande nadelen. Uiteraard kunnen mededingingsbeperkingen leiden tot premieverhogingen, maar ook, het werd reeds aangegeven, tot een verschralling van het verzekeringsaanbod. Een te geringe productdifferentiatie dus.

Toch kan een samenwerking tussen verzekeraars niet ongenueanceerd altijd worden afgewezen. Juist met het oog op een adequate risicobeoordeling kan het van belang zijn dat verzekeraars samenwerken bijvoorbeeld om informatie over het risico te achterhalen. Derhalve is het in het kader van het empirisch onderzoek van groot belang om na te gaan of wel een voldoende verzekeringsaanbod bestaat. In de literatuur is er immers ook voor gewaarschuwd dat het gevaarlijk kan zijn een verzekeringsplicht in te voeren wanneer het verzekeringsaanbod te schraal is.

Verder werd uitgebreid ingegaan op de in het kader van de WMO-verzekering gemaakte keuze pro directe verzekering. De vraag rijst uiteraard of de klassieke argumenten pro directe verzekering, namelijk dat deze een betere risicodifferentiatie zou toelaten dan de aansprakelijkheidsverzekering, ook opgaat in het kader van de proefpersonenverzekering. Daartoe dient onder meer te worden onderzocht hoe de risicodifferentiatie in het kader van de proefpersonenverzekering plaatsvindt, maar moet ook worden nagegaan of de verzekeraar in het kader van de WMO-verzekering in de gelegenheid is de dekkingsomvang (en dus ook de causaliteitseisen) op een betere wijze te bepalen dan bij aansprakelijkheidsverzekering het geval zou zijn. Vraag rijst dus inderdaad of de directe proefpersonenverzekering beter in staat is om de (beweerde) onzekerheden in het aansprakelijkheidsrecht uit te sluiten.

Verder bleek dat in de literatuur die ingaat op de verschillen tussen directe verzekering en aansprakelijkheidsverzekering aan twee factoren uitgebreid aandacht wordt

besteed, namelijk enerzijds aan het al dan niet verplicht karakter van de verzekering en anderzijds aan de cumulatie met het aansprakelijkheidsrecht. De vraag of de WMO-verzekering een verplicht karakter heeft vereist geen verder onderzoek: dat is duidelijk het geval. Onderzocht kan uiteraard wel worden of de verrichters van medisch-wetenschappelijk onderzoek ten gevolge van die verzekeringsplicht wel voldoende de gelegenheid hebben om die verzekeringsplicht in te vullen, gelet op het aanbod op de verzekeringsmarkt. Wel moet aandacht worden besteed aan de mogelijke cumulatie van de WMO-verzekering en het aansprakelijkheidsrecht en aan de eventuele gevolgen die daaraan zijn verbonden.